

**Die vermögensrechtliche Wirkung des Ausscheidens
aus einer zweigliedrigen Gesellschaft des
bürgerlichen Rechts**

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Hans Ernst Schulze

Assessor
aus Dortmund

1963



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555204_0074

**Die vermögensrechtliche Wirkung des Ausscheidens
aus einer zweigliedrigen Gesellschaft des
bürgerlichen Rechts**

Inaugural-Dissertation

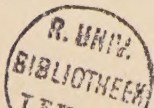
zur Erlangung des akademischen Grades eines
Doktors der Rechte durch die Rechts- und Staats-
wissenschaftliche Fakultät der Westfälischen
Wilhelms-Universität zu Münster

vorgelegt von

Hans Ernst Schulze

Assessor
aus Dortmund

1963



1. Berichterstatter: Prof. Dr. D i e t z

2. Berichterstatter: Prof. Dr. W e s t e r m a n n

Dekan: Prof. Dr. S c h e l s k y

Tag der mündlichen Prüfung: 23. Februar 1963

Druck und Einband:

Rudolf Stehle, Düsseldorf, Klosterstr. 114

Inhaltsverzeichnis

	Seite:
I. <u>Einleitung</u>	1
II. <u>Der Stand des Meinungsstreits in Lehre und Rechtsprechung</u>	6
A. Vorbemerkung	6
B. Die im Schrifttum vorherrschende Auffassung	6
1. Stellungnahme des überwiegenden Teils der Lehre	6
2. Stellungnahme des überwiegenden Teils der Rechtsprechung	9
C. Die in der Literatur im Vordringen begriffene Ansicht	13
D. Eine weitere - im Schrifttum vereinzelt vertretene - Lehrmeinung	15
E. Der Meinungsstreit über den Zweck des § 738 Abs.I,1 BGB	16
1. Vorbemerkung	16
2. Der Zweck des § 738 I,1 BGB aus der Sicht der zu B. dargestellten Auffassung	17
3. Der Zweck des § 738 I,1 BGB aus der Sicht der zu C. dargestellten Auffassung	19
4. Der Zweck des § 738 I,1 BGB aus der Sicht der zu D. dargestellten Auffassung	22
III. <u>Analoge Anwendung des § 738 I,1 BGB wegen Gleichheit der Interessenlage bei zwei- und mehrgliedriger Gesellschaft?</u>	23
A. Vorbemerkung	23
B. Die Interessenlage bei Ausscheiden eines Gesellschafters	23
1. Die einander widerstreitenden privaten Interessen	23
2. Die einander widerstreitenden öffentlichen Interessen	28
C. Folgerungen aus der zu B. dargestellten Interessenlage	31

D. Gründe gegen die im Schrifttum geäußerte Ansicht, daß bei der zweigliedrigen BGB-Gesellschaft eine Anwachsung nicht erforderlich sei	33
E. Die Interessenlage unter besonderer Berücksichtigung des Wesens des Organisationswertes	36
IV. <u>Analoge Anwendung des § 738 I,1 BGB aus rechtsdogmatischen Gründen?</u>	42
A. Der rechtsdogmatische Ausgangspunkt der Untersuchung	42
B. Die Bedeutung des mit Reichsgerichtsurteil vom 23.2.1907 vollzogenen allgemeinen Auffassungswandels über die Rechtsnatur der Gesamthandsberechtigung	45
1. Vorbemerkung	45
2. Begriff und Anwendungsbereich der Anteilsanwachsung nach der älteren Lehre	46
3. Die Einwirkung der neueren Lehre auf den überlieferten Begriff der Anteilsanwachsung	49
4. Überprüfung des Ergebnisses anhand der höchstrichterlichen Rechtsprechung	50
C. Versuche des Schrifttums, den Eintritt der Anteilsanwachsung auf rechtsdogmatischem Wege nachzuweisen	53
1. Stellungnahme zu zwei diesbezüglichen Beiträgen des Reichsgerichts	53
2. Das Verhältnis der Anteilsanwachsung zum Grundsatz der sog. Elastizität des Eigentums	55
3. Stellungnahme zu den die Rechtsprechung des Pr.OVG berücksichtigenden Ausführungen Dorst's	56
4. Stellungnahme zu zwei rechtsdogmatischen Abhandlungen Wielands	58
5. Zusammenfassende Kritik am Schrifttum	61
D. Die personenrechtliche Wirkung eines auf Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesellschaft gerichteten Vertrages	64
1. Konkretisierung der Fragestellung	64
2. Deutung des Wortsinns des Begriffs "Ausscheiden"	65

3. Rechtsvergleichende Untersuchung zur personenrechtlichen Wirkung des Ausscheidungsvertrages	65
4. Folgerungen aus dem Rechtsvergleich	69
5. Auslegung der §§ 736, 737 BGB	70
6. Ergebnis der personenrechtlichen Untersuchung	75
E. Das Verhältnis der Anwachsung zur gesamthänderischen Mitberechtigung an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen	76
1. Vorbemerkung	76
2. Ist Anwachsung eine Folge der Universal-sukzession?	76
3. Folgerungen	79
4. Eine Hypothese	80
5. Die gesamthändisch gebundene Mitberechtigung als rechtstechnischer Ausdruck der sich aus der Gesamtrechtsnachfolge ergebenden besonderen Zuständigkeitsart	88
6. Ergebnis	88
V. <u>Analoge Anwendung des § 738 I,1 BGB aus rechtssoziologischen Gründen?</u>	90
A. Die Verengung des Anwendungsbereichs der Anteilsanwachsung als Folge eines - im Laufe der Rechtsentwicklung eingetretenen - Wandels der wirtschaftlichen Gesellschaftsgrundlage	90
B. Die Verkennung des Begriffs der Anteilsanwachsung durch Lehre und Rechtsprechung	96
VI. <u>§ 142 HGB als Ausdruck eines allgemein wirksamen Anwachsungsprinzips</u>	98
A. Rückblick auf die Geschichte des § 142 HGB	98
B. Die gegen die Zulässigkeit eines Gegenschlusses zu § 142 HGB sprechenden Gründe	100
C. Auslegung des § 142 HGB anhand eines Rechtsvergleichs	104
1. Vergleich mit Anwachsungsvorschriften des ehelichen Güterrechts des BGB	104

2. Vergleich mit Anwachsungsvorschriften des Westfälischen Ehegüterrechts	109
3. Vergleich mit Anwachsungsvorschriften des geltenden Erbrechts	112
D. Anwachsung aus Gründen der Rechtssicherheit?	114
E. Der Zeitpunkt des Vermögensüberganges	116
VII. <u>Spricht die Entstehungsgeschichte der BGB-Gesell- schaft für die analoge Anwendung des § 738 I,1 BGB ?</u>	120
A. Der enge Wortlaut des § 738 I,1 BGB - die Folge eines rechtsdogmatischen Irrtums des Gesetzgebers?	120
B. Die Rechtslage nach dem 1. Entwurf eines BGB's	125
C. Der Standpunkt der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB	127
VIII. <u>Zusammenfassung des Untersuchungsergebnisses</u>	130
<u>Schrifttumsverzeichnis</u>	133

I. Einleitung

Die vermögensrechtliche Wirkung eines Vertrages, durch den ein Gesellschafter aus einer zweigliedrigen Gesellschaft ausscheidet, ist bereits in mehreren Abhandlungen und einer Vielzahl obergerichtlicher Erkenntnisse untersucht worden. Da die Mehrheit dieser Darstellungen aber vornehmlich die Handelsgesellschaften betrifft und da die sich auf die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts beziehenden Untersuchungen darüber hinaus unterschiedlichste Ergebnisse gezeitigt haben, bedarf das rechtliche Schicksal des Vermögens einer durch einen derartigen Ausscheidungsvertrag aufgelösten BGB-Gesellschaft noch einer weiteren Klärung.

Die Meinungsverschiedenheiten über die vermögensrechtlichen Folgen eines solchen auf Ausscheiden eines von zwei Gesellschaftern gerichteten Vertrages spiegeln sich darin wider, daß auch der Begriff des Ausscheidens aus einer zweigliedrigen Gesamthandsgesellschaft äußerst umstritten ist, Hinzu kommt, daß die Kriterien dieses Begriffes in der Literatur, soweit ersichtlich, niemals ausführlich behandelt wurden. So finden sich im Schrifttum außer einander widersprechenden Begriffsbestimmungen nur vereinzelt diesbezügliche Stellungnahmen der obergerichtlichen Rechtsprechung. - Da aber Begriff und vermögensrechtliche Folgen des Ausscheidens - wie eingehend darzustellen sein wird - in einem inneren Abhängigkeitsverhältnis zueinander stehen, die Klärung dieses personenrechtlichen Begriffes mithin zur Lösung der in Rede stehenden Streitfrage beitragen kann, muß sich die Abhandlung zwangsläufig auch auf die Untersuchung dieses Begriffes erstrecken. Es ist aber unerläßlich und auch möglich, bereits an dieser Stelle - gleichsam als Arbeitshypothese - eine vorläufige Begriffsbestimmung zu bilden, die einerseits die im Schrifttum umstrittenen dogmatischen Fragen unberührt läßt, andererseits aber doch hinreichend konkretisiert, was unter dem Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Personengesellschaft zu verstehen ist: Als Ausscheiden des

vorletzten Personalgesellschafters sei hier der Verlust der Mitgliedschaft bei einer zweigliedrigen Personalgesellschaft bezeichnet, der dazu führt, daß das Vermögen der Gesellschaft - unbeschadet der durch die Gesellschaftsbeendigung bedingten Wandlung seiner Rechtsform - in der Hand des übernehmenden Gesellschafters als wirtschaftliche Einheit erhalten bleibt und den bisherigen Zwecken weiterhin dienstbar gemacht werden kann.

Die Arbeit beschränkt sich ausschließlich auf die Untersuchung der bürgerlich-rechtlichen Wirkung des Ausscheidens aus einer zweigliedrigen BGB-Gesellschaft¹⁾. Sie soll zur Klärung der Frage beitragen, ob das Gesellschaftsvermögen nach der durch Ausscheidungsvertrag erfolgten Auflösung der Gesellschaft durch rechtsgeschäftliche Einzelübertragungen oder - infolge analoger Anwendung der §§ 738 Abs. I Satz 1 BGB, 142 HGB - durch Anwachsung auf den verbleibenden bisherigen Gesellschafter übergeht.

Zur Begründung der Anteilsanwachsung wird im Schrifttum verschiedentlich geltend gemacht, daß sie sich bei Ausscheiden eines jeden Mitberechtigten und daher auch bei dem des vorletzten Gesellschafters zwangsläufig aus dem Wesen der Gesamthandsberechtigung ergebe. Insbesondere bei Enneccerus-Lehmann²⁾ wird - allerdings unter nicht ganz zutreffender Berufung auf ein Urteil des Reichsgerichts vom 23.2.1907³⁾ - zum Ausdruck gebracht, daß die Anwachsung nicht darauf beruhe, daß eine Gesellschaft fortbesteht, sondern darauf, daß sich das Gesamthandsverhältnis bei Ausscheiden eines von mehr als zwei Mitberechtigten auf die übrigen beschränkt und nach seiner

-
- 1) Die steuerrechtliche Wirkung des Ausscheidens ist ebenfalls lebhaft umstritten. Vgl. zu dieser Streitfrage, die im Schrifttum häufig den Anlaß zur Untersuchung der bürgerlich-rechtlichen Wirkung gegeben hat, unten Kap. VIII Anm. 7 sowie Cerutti, Die umsatzsteuerrechtliche Behandlung des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters aus einer Personalgesellschaft in Deutsche Steuerzeitung a.a.O. Nr. 13 sowie Umsatzsteuersammelverfügung Nr. 10 des Landesfinanzamtes Berlin vom 1. September 1955 a.a.O. Nr. 71.
 - 2) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Recht der Schuldverhältnisse a.a.O. § 182 I 3 letzter Absatz.
 - 3) Entscheidung des ersten Zivilsenats, vgl. RGZ 65/227 ff.

infolge Ausscheidens des vorletzten Mitglieds erfolgten Beendigung durch den alleinverbleibenden bisherigen Gesellschafter ersetzt wird.

Daß sich die Anwachsung bei Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer aus mehr als zwei Mitgliedern bestehenden Gesellschaft aus der Rechtsnatur der gesamten Hand herleitet, wird im Schrifttum heute nicht mehr ernstlich bestritten⁴⁾. Ob aber auch beim Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesamthandsgesellschaft Anwachsung als notwendige Folge des Gesamthandsprinzips eintritt, ist, wie insbesondere vom Reichsgericht in der Entscheidung vom 23.2.1907³⁾ dargelegt wird, bislang zweifelhaft geblieben. Das Hauptanliegen der vorliegenden Arbeit besteht in der Untersuchung dieser Frage, d.h. mithin in der Klärung des Umfangs der wesensmäßigen Verbundenheit von Anwachsung und Gesamthandsprinzip. Der derzeitige Stand der Wissenschaft begünstigt eine derartige Untersuchung insofern, als die Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaften durch die Lehre von der ungeteilten Gesamthandsberechtigung heute im grundsätzlichen geklärt ist. - Nach einhelliger Ansicht⁵⁾ gibt es keine starre, nur in einer Erscheinungsform sich widerspiegelnde Gesamthand. Die Gemeinschaft zur gesamten Hand ist, wie Geiler⁶⁾ hervorhebt, kein "selbständiges Rechtsinstitut", sondern ein "Rechtsprinzip", das unterschiedlicher Ausgestaltung fähig ist. Die einzelnen Gesamthandsgebilde folgen auch nicht stets in allen Einzelheiten einem theoretischen

(236 letzter Absatz) und die ausführliche Besprechung des Urteils unten, Kap. IV.

4) Vgl. Fischer im BGB-RGR-Komm. a.a.O. zu § 736 Anm.6, der sich für den Eintritt der Anwachsung in dem in Rede stehenden Grenzfall ausspricht; vgl. aber auch Sayn in BGB-RGR-Komm., 7.Aufl. a.a.O. zu §§ 736/738 Anm.1: Hier wird einerseits ausgeführt, daß Anwachsung bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters nicht statfinde, andererseits aber doch zugegeben, daß § 738 Abs. 1 Satz 1 BGB eine Folgerung aus dem Gesamthandsverhältnis darstelle; vgl. zu dieser Frage auch die Entscheidung des OVG Bd.30/79 ff. (81) und Prot. 139 I zum 2. Entwurf des BGB, Amtl. Veröffentlichung a.a.O. Bd.2 S.446.

5) Vgl. O.v.Gierke, Genossenschaftstheorie a.a.O. S.243 sowie Geiler bei Staudinger a.a.O. zu § 705 Vorbem.40.

Prinzip; vielmehr sind sie nicht selten ohne Rücksicht auf dogmatische Bedenken den Erfordernissen der Praxis angepaßt worden. Es muß daher bedenklich erscheinen, wenn weite Teile des Schrifttums⁷⁾ eine Lösung der Streitfrage allein oder doch zumindest fast ausschließlich mit einer Analogie oder einem Umkehrschluß zu § 142 HGB zu begründen versuchen⁸⁾. Nicht durch die Bezugnahme auf eine Einzelbestimmung, sondern nur durch eine umfassende, sämtliche bedeutsameren Gesamthandsgebilde des älteren und des geltenden deutschen Rechts einbeziehende Untersuchung läßt sich m.E. ermitteln, ob aus dem Wesen der Gesamthand eine allgemein wirksame Anwachsung abzuleiten ist.

Die Klärung der bürgerlich-rechtlichen Folgen des Ausscheidens aus einer zweigliedrigen Gesellschaft ist nicht nur dogmatisch von Interesse, auch für die Praxis ist sie in mehrfacher Hinsicht bedeutsam. Würde sich der Vermögensübergang durch Anwachsung, d.h. unmittelbar kraft Gesetzes vollziehen, könnte - mangels Vorliegens eines rechtsgeschäftlichen Erwerbes - in dem "Übernahmevertrag" auch kein auf Vermögens- insbesondere auf Eigentumsübertragung gerichtetes Verpflichtungsgeschäft gesehen werden⁹⁾. Der Vertrag unterläge, selbst wenn Immobilien zum Gesellschaftsvermögen gehörten, mithin nicht der Formvorschrift des § 313 BGB. Eltern und Vormund bedürften zum Abschluß eines derartigen Kind oder Mündel verpflichtenden Vertrages regelmäßig nicht der in §§ 1643 Abs.1, 1821 Abs.1 Nr.4 i.V. mit Nr.1 BGB normierten vormund-

6) bei Staudinger a.a.O. Vorbem. zu § 705 Note 40.

7) Vgl. Staudinger-Geiler a.a.O. zu § 736 Anmerkung 4 (Mitte) und die Entscheidung des Reichsgerichts vom 23.5.1908, RGZ 68/410 (414) sowie Cerutti a.a.O. Abschn 2; ferner die Mitteilung der Oberfinanzdirektion Karlsruhe vom 20.2.1954 in Der Betriebsberater a.a.O. S.311.

8) siehe hierzu die Bemerkung Fischers in BGB-RGR-Komm. a.a.O. zu § 730 Anm.14.

9) vgl. Danckelmann bei Palandt, Komm.zum BGB a.a.O. zu § 313 Anm.4 a) unter Hinweis auf RGZ 122,372.

schaftsgerichtlichen Genehmigung¹⁰⁾. Aus eben demselben Grunde wäre ein Vertrag, der eine schiedsrichterliche Entscheidung der bei der Liquidation möglicherweise entstehenden Streitigkeiten vorsieht und an dessen Abschluß Nichtgeschäftsfähige, vertreten durch Eltern oder Vormund, beteiligt sind, auch dann genehmigungsfrei, wenn Liegenschaften zum Gesellschaftsvermögen gehörten¹¹⁾. Als kostenrechtliche Folge dieser Beurkundungs- und teilweisen Genehmigungsfreiheit ergäbe sich eine oft nicht unerhebliche Gebührenersparnis. Bei Übergang von Grundeigentum infolge Anwachsung würden ferner mit der Anwendbarkeit des § 925 BGB zugleich auch die zur Wahrung dieser Formvorschrift notwendigen Kosten entfallen¹²⁾. Durch die Klärung der bürgerlich-rechtlichen Streitfrage wird meines Erachtens zudem ein sicherer Ausgangspunkt für die derzeit noch lebhaft umstrittene umsatzsteuerrechtliche Behandlung des Ausscheidens geschaffen¹³⁾.

10) Die praktische Auswirkung dieser Genehmigungsfreiheit darf jedoch andererseits sowohl im Hinblick auf § 1822 Nr.3 BGB als auch auf § 95 Abs.1 Satz 2 KostO nicht überschätzt werden. Nach der erstgenannten Vorschrift sind u.a. Verträge genehmigungsbedürftig, in denen sich das Kind oder Mündel zur Veräußerung eines Erwerbsgeschäftes verpflichtet. Eine solche Veräußerung kann aber auch im Ausscheiden des Kindes oder Mündels aus einer BGB-Gesellschaft zu Gunsten der verbleibenden Mitgesellschafter liegen, vgl. OLG 40/96. In vielen Fällen, wie beispielsweise bei den in Form einer BGB-Gesellschaft geführten Kleinhandels- und Handwerksbetrieben ist mithin auch bei Bejahung der Anwachsung die vormundschaftsgerichtliche Genehmigung erforderlich. - Nach § 95 Abs.1 S.2 KostO wird eine Gebühr nicht erhoben, wenn für den Fürsorgebedürftigen eine Vormundschaft oder Dauerpflegschaft besteht oder wenn die Verrichtungen des Vormundschaftsgerichts in den Rahmen einer Einzelpflegschaft fallen.

11) vgl. hierzu RGZ 54/278 ff.

12) Für die Kosten des Grundbuchverfahrens gilt § 61 KostO

13) vgl. Kap.VIII Anm.7.

II. Der Stand des Meinungsstreites in Lehre und Rechtsprechung

A. Vorbemerkung

Über die bürgerlich-rechtliche Wirkung des Ausscheidens des vorletzten BGB-Gesellschafters werden im Schrifttum drei grundsätzlich verschiedene Auffassungen vertreten. Da die Literatur nicht nur zu der vermögensrechtlichen Streitfrage, sondern zwangsläufig auch zu angrenzenden Rechtsfragen unterschiedlich Stellung nimmt, erscheint es angesichts des Umfangs des Meinungsstreites und der Vielzahl der Ansichten zweckmäßig, zunächst eine eingehende Übersicht über die sich widersprechenden Ergebnisse der bisherigen Untersuchungen zu geben.

B. Die im Schrifttum vorherrschende Auffassung

1. Stellungnahme des überwiegenden Teils der Lehre

Nach einer im Schrifttum weitverbreiteten Lehre¹⁾ kann ein Ausscheiden im rechtstechnischen Wortsinn nur bei den

1) vgl. zum Ganzen Heck, Grundriß des Schuldrechts, a.a.O. § 125; zur gleichen Auffassung bekennen sich ausdrücklich: Esser, Lehrbuch des Schuldrechts a.a.O., Teil 6 Kap. 22 § 297 (S. 419 "... Anwachsen nur bei Fortbestand der Gesamthand ..."); Larenz, Schuldrecht II a.a.O. § 56 (Aus dem "Gesamthandsprinzip kann man die Entbehrlichkeit der Übertragungsakte nicht folgern ..."); Siber, Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, a.a.O. § 72 IV 1 b (Wegfall eines Gesellschafters beende eine zweigliedrige Gesellschaft - es gebe keine Einmanngesellschaft); Lehmann, Gesellschaftsrecht, a.a.O. § 16 I 3 (Ausscheiden des vorletzten beendet Gesellschaft; sie ist zu liquidieren); Haupt-Reinhardt, Gesellschaftsrecht, a.a.O. § 10 I 8 (Abwicklung bei Vereinigung aller Anteile in einer Hand); Würdinger, Gesellschaften, erster Teil a.a.O. § 20 A I 2 c (S. 95 "... bei Tod des vorletzten Einzelrechtsnachfolge"); Palandt-Gramm a.a.O. zu § 736 A II (Fortsetzung liegt nicht vor, wenn bei einer aus zwei Gesellschaftern bestehenden Gesellschaft der andere ein Übernahmerecht ausübt. ... Die Übernahme bedarf dann also besonderer Übertragungshandlungen); Schulze-Wenck bei Erman-Goerke, Handkommentar zum BGB a.a.O. zu § 736 Anm. 2 ("... § 738 hat nur den Fall im Auge, daß die Gesellschaft auch nach dem Ausscheiden fortbesteht.");

aus mehr als zwei Mitgliedern bestehenden Gesamthandsgemeinschaften stattfinden. Insbesondere Hueck²⁾ bringt klar zum Ausdruck, daß ein "Ausscheiden im eigentlichen Sinne" nur möglich ist, wenn die Gesellschaft teilweise, d.h. von mindestens zwei Gesellschaftern fortgesetzt wird. Ein Ausscheiden liegt somit nach dieser Auffassung begrifflich dann vor, wenn der Abgang eines Gesellschafters nur zu einer Teilauflösung³⁾ der Gesellschaft führt. Die Richtigkeit dieser Begriffsbestimmung wird wie folgt begründet⁴⁾:

Da der Gesellschafterbestand zu den Grundlagen der Gesellschaft zähle, bestehe die natürliche Folge eines jeden Gesellschafterabgangs in der Totalauflösung der Gesellschaft. Aus praktischen Gründen sei der Fortbestand der Gesellschaft jedoch auch bei Abgang eines Gesellschafters wünschenswert. Aus diesem Grunde habe der Gesetzgeber den vorerwähnten Grundsatz, demzufolge der Gesellschafterabgang zur Gesellschaftsauflösung führt, unter den besonderen Voraussetzungen der §§ 736, 737 BGB durchbrochen und

Crome, System des Deutschen Bürgerlichen Rechts 2.Bd. a.a.O. § 283 1 V 1 und § 285 I (Anwachsung, weil "während Bestehens der Gesellschaft ... seitens der anderen Gesellschafter die Gesellschaftszwecke fortgesetzt werden").

Die Anwachsung wird im Ergebnis ebenfalls abgelehnt von Schumann, Die Handelshochschule a.a.O. IV.Bd. § 11 III Schlußsatz und § 12 II erster Absatz; Schmidt, Rudolf, Bürgerliches Recht a.a.O. II.Bd. § 56 V 1 (S. 142); Titze, Bürgerliches Recht a.a.O. § 48,4 (S.194); vgl. ferner die in Anm.2 angeführten Fundstellen.

- 2) vgl. Hueck, Gesellschaftsrecht a.a.O. § 17 IV, 1 (S.81) sowie Schollmeyer, Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im Bürgerlichen Recht, 14. Titel VI ("Ausscheiden setzt Fortdauer der Gesellschaft voraus").
- 3) verstanden im Sinne Hecks, der in seinem Grundriß des Schuldrechts a.a.O. 125,1 ausführt: Die Auflösung mehrseitiger Beziehungen kann entweder eine Totalauflösung oder eine Teilauflösung sein. Im ersten Falle hören alle Beziehungen auf, im zweiten Falle hören sie für einen Einzelnen auf, während sie zwischen den anderen fort dauern.
- 4) vgl. die ausführliche Darstellung bei Palandt-Gramm a.a.O. zu § 736 Anm.1.

in diesen Fällen eine Teilauflösung zugelassen, die vom Gesetz als Ausscheiden bzw. als Ausschließung bezeichnet werde. Hieraus ergebe sich aber, daß ein Ausscheiden oder ein Ausschluß den Fortbestand der Gesellschaft voraussetze. - Da dem bürgerlichen Recht eine Einmanngesellschaft unbekannt ist⁵⁾, führt der Abgang des vorletzten Gesellschafters stets zu einer Totalauflösung der Gesellschaft. In diesem Fall kann mithin von einem Ausscheiden im Sinne der hier dargestellten Lehre keine Rede sein.

Bei dem sogenannten "Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesellschaft" handelt es sich nach dieser Ansicht daher nur um eine untechnische Bezeichnung, und zwar der Fälle, in denen bei Auflösung der Gesellschaft die Vermögensauseinandersetzung durch Veräußerung sämtlicher Vermögensbestandteile an einen der beiden bisherigen Gesellschafter vollzogen wird. Aus dem dieser Lehrmeinung folgenden Schrifttum wird das Bestreben ersichtlich⁶⁾, eine solche bei Auflösung der Gesellschaft erfolgende Veräußerung des Gesellschaftsvermögens unter Vermeidung des Begriffs Ausscheiden ausschließlich als "Vermögensübernahme" zu bezeichnen.

Die Übernahme des Gesellschaftsvermögens durch einen der bisherigen Gesellschafter stellt nach dieser Meinung lediglich eine verkürzte Liquidation⁷⁾ dar, die sowohl

5) vgl. Soergel, Komm. zum BGB, Bd.2, Recht der Schuldverhältnisse, besonderer Teil, a.a.O. zu § 736 Anm.1 und RGZ 163/149.

6) vgl. Palandt-Gramm a.a.O. zu § 736 Anm.2 c und § 731, ferner namentlich RGZ 68/410 ff (416: "... wurde der Fall der vereinbarten Geschäftsübernahme dem des vereinbarten Ausscheidens gleichgestellt"); siehe ferner Staudinger-Kessler a.a.O. zu § 730 V 3 C "Übernahme-recht ..."; desgleichen Kretschmar a.a.O. S.527.

7) vgl. zum Begriff der verkürzten Liquidation den Beschluß des Kammergerichts vom 17.11.1902 in Rechtsprechung d. OLG 6/355.

durch den Gesellschaftsvertrag als auch durch einen nachträglichen, evtl. sogar erst nach⁸⁾ Auflösung der Gesellschaft gefaßten einstimmigen Gesellschafterbeschluß vereinbart werden kann. Der Ausscheidungsvertrag wird daher konsequenterweise zugleich als ein infolge des dispositiven Charakters der §§ 731 ff BGB zulässiger Auseinandersetzungsvertrag aufgefaßt, dem - ebenso wie allen sonstigen die Beendigung einer Gesellschaft regelnden Auseinandersetzungsverträgen - lediglich eine schuldrechtliche Wirkung zukommt. Hieraus leitet sich die für die hier behandelte Lehre charakteristische Folgerung ab, daß die zum gesamthänderisch gebundenen Sondervermögen gehörigen Gegenstände auch bei Veräußerung des Gesellschaftsvermögens im ganzen nur durch rechtsgeschäftliche Einzelübertragungen auf den übernehmenden bisherigen Gesellschafter übergehen können.

2. Stellungnahme des überwiegenden Teils der Rechtsprechung

In der Rechtsprechung findet sich die Ansicht, daß der Begriff des Ausscheidens nicht den Fortbestand der Gesellschaft voraussetzt, sondern erfordert, daß die wirtschaftliche Einheit des Gesellschaftsvermögens, d.h. die Vermögenszusammenfassung, auch nach der Beendigung der Gesamthand erhalten bleibt⁹⁾. Hervorhebung bedarf aber,

8) Kessler bei Staudinger-Geiler a.a.O. zu § 730 V 3 C a (Note 25).

9) vgl. RGZ 65/227 ff. (234), wo Ausscheiden des Gesellschafters und Fortbestand des Geschäfts einander gegenüber gestellt werden. Ebenso RGZ 60/155 ff. (156 oben) und Beschluß des Obersten LG für Bayern vom 7. Oktober 1904 in Seuff.Arch. für Entscheidungen ob. Gerichte 60/97 ff. (98). Desgleichen Jastrow, Rechtsgrundsätze, zweite Auflage R 188 c S.79 ff. (81) und RGZ 25/252 (254). In dem selben Sinn findet sich der Begriff des Ausscheidens in der Verfügung der Oberfinanzdirektion Karlsruhe a.a.O.; siehe auch Planck a.a.O. zu § 736 Anm.1 vorletzter und letzter Absatz, der zwar ein Fortbestehen der Gesellschaft nur anerkennt, wenn nach dem Ausscheiden noch mindestens zwei Gesellschafter vorhanden sind, damit aber zugleich zu erkennen gibt, daß ein Ausscheiden auch bei der zweigliedrigen Gesellschaft begrifflich möglich ist.

daß dieses "objektive Merkmal der Geschlossenheit des Vermögens"¹⁰⁾ nach Ansicht der Rechtsprechung nicht das einzige Kriterium des Begriffs Ausscheiden darstellt. Um ein Ausscheiden handelt es sich nach dieser Anschauung vielmehr nur in den Fällen, in denen die Vermögenszusammenfassung auch nach der Gesellschaftsbeendigung weiterhin zur Erreichung der gesellschaftsvertraglich festgelegten Ziele eingesetzt wird, d.h. in denen die bisherige Zweckwidmung des Vermögens aufrechterhalten bleibt. In diesem Sinne findet sich der Begriff nachweislich in einigen für das Recht der Handelsgesellschaften¹¹⁾ ergangenen höchstrichterlichen Erkenntnissen¹²⁾. In diesen Entscheidungen wird ausdrücklich ausgesprochen, daß ein Ausscheiden im rechtstechnischen Wortsinn nur vorliegt, wenn der Fortbestand des Gewerbes, des "Geschäfts" gewahrt bleibt. Hiermit soll aber, wie bereits Kaufmann¹³⁾ erkannt hat, festgestellt werden, daß das Ausscheiden die Erhaltung der Zweckwidmung zur Voraussetzung hat.

Auch bei der nur aus zwei Gesellschaftern bestehenden BGB-Gesellschaft ist mithin nach dieser Ansicht ein Ausscheiden im rechtstechnischen Wortsinn möglich: Es liegt

10) vgl. hierzu Wieland, HGB-Komm. a.a.O. Anm.17 (a.Ende).

11) Die Entscheidungen sind auch für die vorliegende bürgerlich-rechtliche Untersuchung verwertbar, und zwar aus folgenden Gründen: § 142 HGB behandelt nur vermögensrechtliche Fragen. Zum Begriff des Ausscheidens nimmt er hingegen nicht Stellung. Das Ausscheiden bedarf daher im Handelsrecht durch Lehre und Rechtsprechung ebenso einer begrifflichen Klärung wie im bürgerlichen Recht. Daraus, daß es sich beim Ausscheiden um einen allgemeinen gesellschaftsrechtlichen Begriff handelt, ist aber zu folgern, daß er - da gesetzlich nichts Abweichendes bestimmt ist - bei allen Gesellschaften nur in ein und demselben Sinne verwendet werden kann.

12) RGZ 65/227 ff. (234 u. 240), RGZ 60/155 (156).

13) Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen a.a.O. § 23 c, gegenteiliger Ansicht ist Wieland a.a.O.

stets vor, wenn das Vermögen der Gesellschaft nach der durch Ausscheidungsvertrag erfolgten Gesellschaftsauslösung von einem der Gesellschafter übernommen und seinen bisherigen Zwecken weiterhin dienstbar gemacht wird.

Der Begriff Ausscheiden wird aber auch von der Rechtsprechung nicht immer ganz einheitlich gebraucht. Zwei verschiedenartige Fassungen des Begriffs lassen sich trotz ihrer grundsätzlichen Übereinstimmung unterscheiden.

Regelmäßig werden ausschließlich die Fälle als Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters bezeichnet, in denen einer der bisherigen Gesellschafter seinem alleinigen Mitgesellschafter gegen eine Geldabfindung das Gesellschaftsvermögen u n e i n g e s c h r ä n k t, d.h. mit sämtlichen Aktiven und Passiven überläßt¹⁴⁾.

Der Begriff des Ausscheidens aus einer zweigliedrigen Gesellschaft wird vereinzelt aber auch in einem umfassenderen Sinne gebraucht: Ein Ausscheiden ist hiernach begrifflich sowohl dann gegeben, wenn das Gesellschaftsvermögen ungeschmälert in der Hand des übernehmenden Gesellschafters erhalten bleibt, als auch in den praktisch häufig vorkommenden Fällen, daß der Übernehmer den abgehenden Gesellschafter mit einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen abfindet. In diesem Sinne wird der Begriff in einem für das Recht der Handelsgesellschaften ergangenen Beschluß des Kammergerichts vom 9. März 1891¹⁵⁾ verwendet. Das Gericht spricht in dieser Entscheidung wiederholt vom Ausscheiden¹⁶⁾ des

14) siehe RGZ 65/227 (234); 60/155 (156); 25/252 (254).

15) vgl. Johow, Jahrbuch f. Entscheidungen in Angelegenheiten der fr. Gerichtsbarkeit Bd. 11 S. 124 ff. (S. 128 Mitte).

16) Aus der Entscheidung des Gerichts ergibt sich eindeutig, daß es den Begriff Ausscheiden im Sinne der hier in Rede stehenden Rechtsansicht verstanden wissen will. Ginge das Gericht nämlich von der grundsätzlich anderen Auffassung aus, daß ein Ausscheiden im rechtstechnischen Sinn nur bei den aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaften stattfinden kann, so verstünde es sich von selbst, daß die Mitglieder einer Zweimanngesellschaft bei Abgang eines von ihnen die Auseinandersetzung in jeder ihnen zusagenden Form durchführen könnten. Von diesem Standpunkt aus wäre mithin nicht der geringste Anlaß zu einer begrifflichen Erörterung gegeben. S. hierzu auch A. 2.

vorletzten Gesellschafters und führt sodann aus, daß auch bei der Überlassung des gesamten Geschäfts an einen Mitgesellschafter sehr wohl für die Möglichkeit Raum bleibt, daß nicht sämtliche zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenstände in das Eigentum des Übernehmers übergehen sollen, daß vielmehr die Abfindung des Ausscheidenden in einem Stück, etwa den Immobilien der bisherigen Gesellschaft bestehe¹⁷⁾.

Ogleich der Rechtsprechung somit einerseits auch ein Ausscheiden aus einer zweigliedrigen BGB-Gesellschaft begrifflich möglich erscheint, so hält sie doch andererseits an der allgemeinen Ansicht fest, daß ein Ausscheiden auf Grund der §§ 736, 737 BGB nur bei den aus mehr als zwei Mitgliedern gebildeten Gesellschaften erfolgen kann¹⁸⁾. Diese Ansicht wird damit begründet, daß die in den zitierten Bestimmungen enthaltene gesetzliche Regelung des Ausscheidens dem Schutz "der Zweckgemeinschaft"¹⁹⁾,

17) Einer derartigen Fassung des Begriffs stehen vom Boden dieser Auffassung keine grundsätzlichen Einwände entgegen. Jedoch dürften sich bei der Abgrenzung des Ausscheidens von anderen Auseinandersetzungsarten Schwierigkeiten ergeben: Im Einzelfall können Zweifel darüber bestehen, ob eine Auseinandersetzung als mehr oder weniger vollständige Vermögensübernahme und mithin als Ausscheiden oder aber als eine zur Vernichtung des Gesellschaftsvermögens führende Vermögensverteilung anzusehen ist. Ein die exakte Abgrenzung des Begriffs ermöglichendes Kriterium ist von der Rechtsprechung bislang, soweit ersichtlich, nicht aufgestellt worden. Die Frage, in welchen Fällen die Übernahme einzelner Bestandteile des Gesellschaftsvermögens als Ausscheiden im Sinne dieser Lehre anzusehen ist, kann m.E. nur danach beurteilt werden, ob der auf den Übernehmer übergehende Teil des Gesellschaftsvermögens zur weiteren Verwirklichung der von den Gesellschaftern bislang gemeinschaftlich verfolgten Zwecke ausreicht. Demnach würde es sich nach dieser Ansicht in den Fällen um ein Ausscheiden handeln, in denen es dem verbleibenden Gesellschafter möglich ist, mit den übernommenen Vermögensbestandteilen die bislang auf gesellschaftlichem Wege verfolgten Zwecke weiterhin zu fördern.

18) vgl. RGZ 65/227 (236) und RGZ 60/155.

19) vgl. zum Begriff der Zweckgemeinschaft Geiler a.a.O. Anhang zu § 705 Note 339.

d.h. der Gesellschaft als solcher, diene und daher in den Fällen keine Anwendung finden könne, in denen sich die Gesellschaft durch Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters zwangsläufig auflöst. Ein Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesellschaft kann daher auch nach dieser Meinung nur durch einen hierauf gerichteten Vertrag erzielt werden. - Auch die Rechtsprechung mißt aber dem Auseinandersetzungsvertrag lediglich schuldrechtliche Wirkung bei. Zur Übereignung des Gesellschaftsvermögens bedarf es demnach besonderer Übertragungshandlungen, insbesondere bei Liegenschaften also der Auflassung. Da das Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesellschaft somit zu einer sich nach allgemeinen Regeln vollziehenden Vermögensauseinandersetzung führt, knüpfen sich an den Begriff nach dieser Auffassung keine spezifischen Rechtsfolgen an. Der Begriff ist demnach nur von geringer praktischer Bedeutung. Vornehmlich hierauf dürfte es zurückzuführen sein, daß sich diese Meinung - wie sich aus vorstehender Erörterung ergibt - um eine einheitliche, auch Grenzfälle berücksichtigende Abgrenzung des Begriffs bislang nur wenig bemüht hat.

Zusammenfassend ist festzustellen, daß die unter B 1 erörterte Lehre und die vorerwähnten, in der Rechtsprechung vertretenen Auffassungen zwar hinsichtlich des Begriffes des Ausscheidens erheblich voneinander abweichen, daß sie aber die bürgerlich-rechtliche Wirkung des Abgangs des vorletzten Gesellschafters einheitlich beurteilen. Aus diesem Grunde erscheint es gerechtfertigt, diese Ansichten - allerdings nur insoweit, als sie die vermögensrechtlichen Folgen betreffen - allgemeiner Übung entsprechend als eine einheitliche Lehrmeinung anzusehen.

C. Die in der Literatur im Vordringen begriffene Ansicht
Demgegenüber herrscht nach anderer, vornehmlich von

Oertmann²⁰⁾ und Wieland²¹⁾ vertretenen Lehre²²⁾ Einmütigkeit darüber, daß die alleinige Voraussetzung des Begriffs Ausscheiden darin besteht, daß die objektive Grundlage der Gesellschaft, das Gesellschaftsvermögen, ungeschmälert erhalten bleibt. Um ein Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters handelt es sich demnach in allen Fällen, in denen bei Abgang des Mitglieds sämtliche Vermögensbestandteile der Gesellschaft auf den verbleibenden Gesellschafter übergehen.

Mit Vorstehendem sind die Kriterien des Begriffs m.E. jedoch nur unzulänglich herausgearbeitet worden. Zur Verdeutlichung des Begriffs sei daher bemerkt, daß das Ausscheiden des vorletzten Mitglieds nach dieser Auffassung als ein personenrechtlicher Vorgang aufzufassen ist, der unmittelbar zur Lösung der Mitgliedschaft führt und damit erst (indirekt) die Beendigung der Gesellschaft bewirkt. In diesem Zusammenhang sei auch bereits der Hinweis darauf gestattet, daß der personenrechtliche Vorgang von der zu B. dargestellten Lehre hingegen wesentlich anders beurteilt wird: Der auf "Ausscheiden" des vorletzten Gesellschafters gerichtete Ver-

20) Komm. zum BGB Bd. II, 3, Recht der Schuldverhältnisse a.a.O. zu § 736, 4.

21) Handelsrecht a.a.O. 1.Bd., 2.Buch § 56 Anm.17 (S.653).

22) Zu dieser Auffassung bekennt sich Fischer in BGB-RGRKomm. zu § 736 Anm.6. Ebenso Dorst in seiner ausführlichen Abhandlung: Beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft tritt Gesamtrechtsnachfolge ein, in Zeitschrift für das Notariat a.a.O. S. 272 ff. Für Anwachsung sprechen sich ferner aus: Warneyer-Bohnenberg, das BGB für das Deutsche Reich, a.a.O. Bd.I zu § 738 mit Hinweis auf Warneyer Rechtsprechung 38 Nr.30; Leonhard, besonderes Schuldrecht des BGB, a.a.O. § 152 (S.293); Kress, Lehrbuch des besonderen Schuldrechts, § 40 I Fc (S.362); im Ergebnis offenbar ebenso RG DR 1944/187.

trag bringt nach dieser Ansicht nämlich offenbar zunächst die Gesellschaft zur Auflösung und erst damit auch die Mitgliedschaft bei der Gesellschaft zum Erlöschen.

Da die Anwendbarkeit der §§ 736, 737 BGB auch nach der in Rede stehenden Ansicht auf die aus mehr als zwei Mitgliedern bestehenden BGB-Gesellschaften beschränkt ist²³⁾, kann ein Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters auch nach dieser Auffassung nur durch einen hierauf gerichteten Vertrag aller Gesellschafter, nicht jedoch auf Grund der vorgenannten Vorschriften erfolgen.

Der Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den verbleibenden bisherigen Gesellschafter vollzieht sich aber nach dieser Lehre in analoger Anwendung des § 738 Abs.1 Satz 1 BGB kraft Anwachsung: Das Gesamthandsvermögen erstarkt durch Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters in der Hand des Übernehmenden zu Alleinrecht; der Ausscheidende erhält hingegen nur eine seiner wirtschaftlichen Beteiligung entsprechende Abfindung.

D. Eine weitere - im Schrifttum vereinzelt vertretene - Lehrmeinung

Eine dritte, der vorstehenden Lehre verwandte Ansicht²⁴⁾ gebraucht den Begriff des Ausscheidens in demselben Sinne, in dem ihn auch - wie bereits dargestellt - die obergerichtliche Rechtsprechung²⁵⁾ verwendet. Ein Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters liegt nach dieser Auffas-

23) vgl. Oertmann a.a.O. zu § 736,1 unter Hinweis auf eine Entscheidung des OLG Hamburg vom 20.5.1921 in Seuff. 76 Nr. 161 (S.263).

24) vgl. die grundlegende Äußerung von Geiler bei Staudinger a.a.O. zu § 736 Anm.4. Die Ansicht Geilers wird von Kessler in der 11. Auflage J.v.Staudingers Komm. zum BGB aufrecht erhalten. Gleicher Auffassung ist Kaufmann, Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen a.a.O. § 23 (S.80/82) und Enneccerus-Lehmann a.a.O. § 182 I 3 letzter Absatz; vgl. auch Schulze-Wenck bei Erman-Goerke a.a.O. zu § 736 Anm.2, der die Anwachsung zwar im Ergebnis ablehnt, aber dennoch zugesteht, daß sie "theoretisch" auch in vorliegendem Grenzfall möglich ist, "sofern die Zweckwidmung fort dauert".

25) vgl. oben Anm.6.

sung begrifflich nicht schon in den Fällen vor, in denen das Vermögen der Gesellschaft, d.h. die Summe der Aktiven und Passiven, in der Hand eines der bisherigen Gesellschaftler erhalten bleibt, sondern erst dann, wenn diese Vermögenszusammenfassung auch nach der Gesellschaftsauflösung weiterhin der Förderung der von den Gesellschaftern bislang gemeinschaftlich verfolgten Zwecke dient.

Sofern jedoch die Zweckwidmung der Vermögenszusammenfassung aufrecht erhalten bleibt, stehen auch nach dieser Ansicht einer Anwachsung keine grundsätzlichen Bedenken entgegen.

Dennoch wird die Anwachsung aber von einem führenden Vertreter dieser Lehre²⁶⁾ im Ergebnis mit der Begründung abgelehnt, daß sich im Einzelfall oft nicht eindeutig feststellen lasse, ob die Zweckwidmung fortbestehe und mithin Anwachsung eingetreten sei. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei es daher richtiger, das Gesellschaftsvermögen bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters allgemein nicht durch Anwachsung, sondern durch rechtsgeschäftliche Einzelakte, namentlich durch Auflassung, auf den verbleibenden Gesellschafter übergehen zu lassen.

E. Der Meinungsstreit über den Zweck des § 738 Abs.I,1 BGB

1. Vorbemerkung

Ob bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters Anwachsung in analoger Anwendung des § 738 Absatz 1 Satz 1 BGB eintritt, läßt sich vornehmlich durch Erforschung der mit Abgang des vorletzten Gesellschafters entstehenden typischen Interessenlage sowie durch Klärung des Zwecks der zitierten Bestimmung ermitteln.

Eine umfassende Untersuchung der mit Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters entstandenen Interessenlage

26) Geiler bei Staudinger a.a.O.

ist im Schrifttum, soweit ersichtlich, bislang noch nicht vorgenommen worden. Eine derartige Prüfung ist daher in Kap. III dieser Arbeit systematisch durchgeführt worden.

Der Zweck des § 738 BGB ist demgegenüber in Lehre und Rechtsprechung von jeher äußerst lebhaft umstritten worden. Zur Gewinnung eines Überblicks über den augenblicklichen Stand des Meinungsstreites erscheint es deshalb gerechtfertigt, die in der Literatur bislang vertretenen Auffassungen bereits an dieser Stelle in einer gesonderten Darstellung zusammenzufassen.

2. Der Zweck des § 738 Absatz 1 Satz 1 BGB aus der Sicht der zu B. dargestellten Auffassung

Nach herrschender Lehre²⁷⁾ besteht der gesetzgeberische Grundgedanke des § 738 Absatz 1 Satz 1 BGB in der Erhaltung des Sondervermögens, solange es einer Mehrheit von gesamthänderisch verbundenen Berechtigten zusteht. Die zitierte Bestimmung stellt nach dieser Auffassung lediglich eine - wenn auch bedeutsame - Ergänzung der §§ 736, 737 BGB dar: Während diese Vorschriften unter Aufgabe der herkömmlichen gemeinrechtlichen Vorstellung²⁸⁾ den Fortbestand der Gesellschaft bei Ausscheiden eines Mitgesellschafters gewährleisten, diene jene Bestimmung der Erhaltung der objektiven Gesellschaftsgrundlage, des Gesellschaftsvermögens als solchem.

27) Dies wird von Westermann, Lehrbuch des Sachenrechts, § 75 III 2 klar ausgesprochen. Ebenso Larenz, Siber, Haupt-Reinhardt und Würdinger an den in Anm. 1 angeführten Fundstellen. Die übrigen in Anm. 1 und 2 erwähnten Autoren sind im Ergebnis gleicher Ansicht; zweifelnd allerdings Lehmann, Gesellschaftsrecht a.a.O. § 16 I 3 und Esser a.a.O. § 296, 7 (S.415).

28) Nach gem. Recht bedurfte es bei Ausscheiden eines Gesellschafters zur Fortsetzung der Gesellschaft bekanntlich der Eingehung eines formellen neuen Gesellschaftsvertrags, vgl. 1.65 § 9 b.t., Windscheid § 408 Nr.18/19.

Als Hauptargument für diese Auffassung ist der Hinweis Hecks auf die im Gesetz streng durchgeführte Trennung von Total- und Teilauflösung zu werten²⁹⁾: Da das "Ausscheiden" des vorletzten Gesellschafters zur Totalauflösung der Gesellschaft führt, muß nach seiner Ansicht auch die Vermögensauseinandersetzung nach den für die Totalauflösung geltenden allgemeinen Grundsätzen durchgeführt werden. Demzufolge kann die nur bei Teilauflösung stattfindende Anwachsung beim Ausscheiden aus einer nur aus zwei Mitgliedern bestehenden Gesellschaft nicht Platz greifen.

Eine Analogie wird ferner im Hinblick auf den Wortlaut des § 738 BGB verneint, der nur den Fall des Ausscheidens aus einer im übrigen fortbestehenden Gesellschaft erfaßt³⁰⁾. Auch der Vorschrift des § 142 HGB, demzufolge bei Ausscheiden des vorletzten Mitglieds einer OHG Akkreszenz stattfindet, wird vielfach³¹⁾ entnommen, daß die Anwachsung in dem in Rede stehenden Fall nicht schon nach den Regeln des bürgerlichen Rechts eintritt. Der innere Grund für die unterschiedliche Ausgestaltung von BGB-Gesellschaft und OHG sei darin zu sehen, daß § 738 BGB die "Zweckgemeinschaft", § 142 HGB hingegen den Fortbestand des Unternehmens schütze³²⁾. Larenz³³⁾ hebt hervor, daß man die Entbehrlichkeit der Übertragungsakte auch nicht aus dem Gesamthandsprinzip folgern könne. Im Gegensatz zum Fall des § 738 BGB handele es sich hier nicht um eine Änderung der Zuständigkeitsverteilung innerhalb der fortbestehenden Gesamthandsgemeinschaft, sondern um die Umwandlung von Gesamthandseigentum in Alleineigentum. In einer älteren Kommentierung zum HGB³⁴⁾ wurde

29) vgl. Heck a.a.O. § 125.

30) vgl. den Beschluß des Ob.LG. Bayern vom 7.Okt.1904 in Seuff. Arch. für Entscheidungen ob. Gerichte, Bd. 60 S.98 oben.

31) Staudinger-Geiler a.a.O. zu § 736,4 Mitte; RGZ 65/227 (239) und 68/410 (414); vgl. Enneccerus-Lehmann a.a.O. Fußnote 4.

32) vgl. Palandt-Gramm a.a.O. zu § 736 A 2c.

33) a.a.O. § 56 (S.259).

34) Staub-Pinner, Komm. zum HGB 8.Aufl. zu § 142 A 3; vgl. auch RG in LZ 1915 S.270 nebst Bemerkung von Jäger.

die Unzulässigkeit einer Analogie zu § 738 BGB damit begründet, daß "Universalnachfolge" als Ausnahmeerscheinung nur in den im Gesetz ausdrücklich erwähnten Fällen eintrete. In einer Entscheidung des Reichsgerichts aus dem Jahre 1908³⁵⁾ wird schließlich ausgeführt, daß eine Anwachsung nicht eintreten könne, weil § 719 Abs.1 BGB in den in §§ 736, 737 BGB nicht ausdrücklich aufgeführten Fällen den Gesellschaftern grundsätzlich die Veräußerung ihres Vermögensanteils verbiete.

3. Der Zweck des § 738 Abs.1 Satz 1 BGB aus der Sicht der zu C. dargestellten Auffassung

Es hat im Schrifttum aber auch nicht an Stimmen gefehlt, die die Vorschrift des § 738 I 1 BGB als den lediglich unvollkommenen Ausdruck eines allgemeinen und daher auch bei der zweigliedrigen Gesellschaft geltenden Anwachsungsprinzips auffassen³⁶⁾. Der Zweck der zitierten Bestimmung besteht nach dieser Ansicht darin, die Vermögenszusammenfassung bei Ausscheiden einzelner Mitglieder - ohne Rücksicht auf den Fortbestand der Gesamthand - auf die bzw. den übrigen Berechtigten übergehen zu lassen³⁷⁾.

Zur Begründung dieser Lehre wird darauf hingewiesen, daß die Anwachsung nach allgemeiner Ansicht eine einfache Konsequenz des Prinzips der gesamten Hand ist³⁸⁾. Hiermit soll zum Ausdruck gebracht werden, daß sich der Umfang des Anwendungsbereiches der Anwachsung - sofern ein Gesetz nicht ausdrücklich etwas Abweichendes bestimmt - stets zwangsläufig aus der Rechtsnatur der Gesamthands-

35) vgl. RGZ 68/410 ff (413).

36) vgl. zum Ganzen Dorst a.a.O. S.283 (ausführlich) und Wieland, Handelsrecht, 1.Bd. 2.Buch § 56 II 3/4. Kaufmann führt a.a.O. § 23c (S.82) unter Hinweis auf RG 72/162 aus, daß man im Fall der Ablehnung der Anwachsung auf die vom RG entwickelte Konstruktion der Gesamthandsberechtigung verzichten oder aber durch eine neue Theorie ersetzen müsse.

37) so ausdrücklich Wieland a.a.O. § 56 g II 4, Fußnote 17 (S.653).

38) so Oertmann a.a.O. zu § 736,4; siehe auch Entscheidung des Pr.OVG Bd.41 S.80.

berechtigung ergebe. Da der Gesetzgeber die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts als Gesamthandsgemeinschaft ausgestaltet habe, könne der Zweck des § 738 I 1 BGB nur darin bestehen, die Anwachsung in dem vorerwähnten, sich aus dem Wesen der Gesamthand ergebenden Umfang eintreten zu lassen. - Aus der Rechtsnatur der Berechtigung zur gesamten Hand lasse sich die Anwachsung aber auch bei Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesellschaft herleiten. Diese Feststellung gründet sich auf folgende Überlegung:

Jedem Gesamthänder kommt, wie sich aus § 719 Abs.1 BGB ergibt, ein Anteil an sämtlichen zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen zu. Dieser Anteil stellt sich nach der heute allgemein anerkannten Lehre von der ungeteilten Gesamthandsberechtigung als eine aus der Mitgliedschaft entspringende unmittelbare und ungeteilte³⁹⁾ Mitberechtigung dar. Obwohl für den einzelnen Gesamthänder mithin keine Alleinzuständigkeit besteht, erstreckt sich jedoch seine Berechtigung stets auf den ganzen Gegenstand. Das Recht eines jeden Gesellschafters ist also durch das konkurrierende gleichartige Recht der übrigen Mitgesellschafter beschränkt, ohne daß jedoch eine Sonderzuständigkeit zu rechnerisch bestimmten ideellen Quoten vorliegt. Die Anwachsung beruht nun nach allgemeiner Ansicht⁴⁰⁾ darauf, daß sich bei Ausscheiden eines Gesellschafters die Gesamthandsberechtigung der Verbleibenden infolge des Wegfalls des konkurrierenden Rechts des Ausscheidenden erweitert. Nach der hier erörterten Lehre gilt dieses Prinzip ausnahmslos und daher auch bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters. In diesem Grenzfall ergebe sich lediglich der irrelevante Unterschied, daß die Gesamthand beendet und durch den alleinverblei-

39) Die Ungeteiltheit hebt Dietz a.a.O. § 25 II (S.130) wie folgt hervor: "Der Einzelne hat keine Bruchteilsberechtigung an den-Gegenständen, sondern diese gehören ihm zu ihrer Gänze - allerdings nur zugleich mit den anderen Gesamthändern".

40) vgl. Geiler bei Staudinger a.a.O. Vorbem. 54 d vor § 705.

benden bisherigen Gesellschafter ersetzt werde⁴¹⁾).

Die Lehre wird ferner unter Hinweis auf § 142 HGB wie folgt zu begründen versucht⁴²⁾: Der Gesetzgeber habe mit der Einführung dieser Bestimmung, die insbesondere auch § 738 Abs.1 Satz 1 BGB für entsprechend anwendbar erklärt, das Anwachsungsprinzip bei Ausscheiden des vorletzten Gesamthänders grundsätzlich anerkannt. Bei Leonhard⁴³⁾ wird als Hauptargument für die Anwachsung geltend gemacht, daß sie nicht darauf beruhe, daß eine Gesellschaft fortbestehe, sondern darauf, daß der Gesetzgeber beabsichtigte, eine möglichst wirkungsvolle Form der Abwicklung zu erzielen. Für eine Anwachsung spreche weiterhin, daß die in den §§ 738 I 2 bis 740 BGB enthaltenen Vorschriften über das Verhältnis der Gesellschafter zueinander auf den Fall des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters unstreitig analoge Anwendung fänden⁴⁴⁾. - Fischer⁴⁵⁾ weist schließlich darauf hin, daß bei einer zweigliedrigen Erbengemeinschaft eine Abtretung des Erbteils seitens eines der Miterben an den anderen gem. § 2033 Abs.2 BGB allgemein zugelassen werde. Bei der bürgerlich-rechtlichen Gesellschaft müsse das ebenfalls möglich sein, da die Zweckgebundenheit des Vermögens bei ihr erheblich größer als bei der Erbengemeinschaft sei. Es sei auch unverständlich, warum der Übergang des Gesellschaftsvermögens auf den alleinverbleibenden Gesellschafter ohne besondere Übertragungshandlungen stattfände, wenn dieser den anderen Gesellschafter beerbt: Für die Zulassung der Anteilsanwachsung könne es nämlich keinen Unterschied machen, ob sich der Übergang infolge Erbanges oder eines Rechtsgeschäfts unter Lebenden vollziehe.

41) vgl. die - allerdings nur hypothetischen - Ausführungen in RGZ 65/227 (236), denen Dorst a.a.O. beipflichtet; siehe zu diesem Vorgang auch Jur. Wochenschrift 1898 S.609 Nr.34 und Bolze, Die Praxis des RG in Civilsachen, Bd.3, S.234 Nr.781.

42) vgl. Dorst a.a.O. S.283: "Der Grundsatz der Akkresenz folgt nicht aus dem § 142 HGB. Dieser wendet ihn nur an...".

43) vgl. Leonhard a.a.O. § 142 (293).

44) Hinsichtlich dieses Argumentes ebenso Enneccerus-

4. Der Zweck des § 738 Abs.1 Satz 1 BGB aus der Sicht
der zu D. dargestellten Auffassung

Von verwandter Lehre⁴⁶⁾ wird hervorgehoben, daß der Zweck des § 738 Absatz 1 Satz 1 BGB nicht in der Erhaltung der Vermögenszusammenfassung schlechthin, d.h. der Geschlossenheit der Summe der Aktiven und Passiven besteht, sondern lediglich in dem Schutz dieser wirtschaftlichen Vermögenseinheit, solange sie den gesellschaftsvertraglich festgelegten Zwecken dient. Die Anwendung des § 738 BGB setzt nach dieser Meinung voraus, daß die bisherige Zweckgebundenheit des Vermögens auch nach dem Ausscheiden einzelner Gesellschafter und mithin namentlich auch des vorletzten Mitberechtigten erhalten bleibt. Eine Begründung für diese Einengung des Anwendungsbezugs der Anteilsanwachsung wird nur vereinzelt gegeben. Staudinger-Geiler⁴⁷⁾ führt aus, daß die Anwachsung an den Begriff des Ausscheidens anknüpfe, ein Ausscheiden aber seinerseits nur vorliege, wenn die Zweckbestimmung der Vermögenszusammenfassung fortbestehe. Enneccerus-Lehmann ist bemüht, die Richtigkeit dieser Lehre durch Bezugnahme auf die Reichsgerichtsentscheidung vom 23.5.1908⁴⁸⁾ zu belegen. In diesem Urteil ist, ebenso wie schon in einigen früheren Erkenntnissen des Gerichts⁴⁹⁾, von der Übernahme des "Geschäfts" die Rede, d.h. von dem Übergang der den bisherigen Gesellschaftszielen auch weiterhin dienenden wirtschaftlichen Vermögenseinheit.

Die in Rede stehende Lehrmeinung ist, soweit ersichtlich, im Schrifttum bislang einer Kritik noch nicht unterzogen worden.

Lehmann a.a.O. Fußnote 4 unter Bezugnahme auf RG JW 1904/37 Nr.4.

45) a.a.O. zu § 736 Anm.6 (Ende).

46) vgl. Enneccerus-Lehmann a.a.O. sowie die grundsätzliche Stellungnahme von Geiler bei Staudinger a.a.O. zu § 736,4 a. Anf.

47) a.a.O. zu § 736 I 4 a. Anf.

48) vgl. RGZ 68/410 ff.

49) vgl. oben Anm.12.

III. Analoge Anwendung des § 738 I 1 BGB wegen Gleichheit der Interessenlage bei zwei- und mehrgliedriger Gesellschaft?

A. Vorbemerkung

Die Streitfrage, ob die Anteilsanwachsung in analoger Anwendung des § 738 BGB auch bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters eintritt, ist von einem Teil des Schrifttums bislang fast nur durch die Prüfung der Frage zu klären versucht worden, ob sie sich auch in diesem Grenzfall aus dem Wesen der Gesamthand herleiten lasse. Diesem Vorgehen des Schrifttums stehen jedoch insofern Bedenken entgegen, als es insbesondere eine systematische Erforschung der durch Ausscheiden eines Gesellschafters entstandenen Interessenlage vermissen läßt. Erst die Prüfung der durch Gesellschafterabgang hervorgerufenen widerstreitenden Interessen offenbart den eigentlichen Zweck des § 738 I 1 BGB und trägt damit, wie im Nachfolgenden auszuführen sein wird, zugleich zur Klärung von Meinungsverschiedenheiten bei, die eine Lösung der in Rede stehenden Streitfrage bislang behinderten.

B. Die Interessenlage bei Ausscheiden eines Gesellschafters

1. Die einander widerstreitenden privaten Interessen

Bei den durch Ausscheiden eines BGB-Gesellschafters hervorgerufenen Interessenkonflikt handelt es sich um einen Widerstreit sowohl privater als auch öffentlicher Interessen. Privater Natur sind die typischen vermögensrechtlichen Interessen der Gesellschaftsgläubiger¹⁾ sowie der ausscheidenden und verbleibenden Gesellschafter. Die Interessen dieser Beteiligten sind dadurch gekennzeichnet, daß sie trotz ihrer grundsätzlichen Unterschiedlichkeit

1) Auf das Interesse der Gesellschaftsgläubiger weist insbesondere Cerutti a.a.O. Abschn. 1 hin.

in einer Hinsicht übereinstimmen: Sowohl bei der zweigliedrigen als auch bei der aus mehr als zwei Personen bestehenden Gesellschaft sind sämtliche vorerwähnten Beteiligten daran interessiert, daß die Vermögenszusammenfassung auch nach dem Abgang einzelner Mitberechtigter erhalten bleibt. Der tiefere Grund hierfür ist darin zu sehen, daß nur durch den Fortbestand der wirtschaftlichen Vermögenseinheit und die hierdurch ermöglichte weitere ungestörte Förderung der gesellschaftsvertraglich festgelegten Zwecke²⁾ der Verkehrswert der Vermögenszusammenfassung erhalten werden kann. Die Erhaltung dieses Verkehrswertes ist das eigentliche typische vermögensrechtliche Interesse, an dessen Schutz allen Beteiligten auch bei Ausscheiden eines Mitgesellschafters gelegen ist. Es sei an dieser Stelle ausdrücklich darauf hingewiesen, daß - bei Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesellschaft - auch der alleinverbleibende bisherige Gesellschafter ein Interesse daran hat, das ehemalige Gesamthandsvermögen uneingeschränkt, wenn auch in anderer, durch die Gesellschaftsauflösung bedingten Rechtsform zu erhalten. Denn auch in diesem Fall wird die weitere Verwirklichung der durch Gesellschaftsvertrag vereinbarten Ziele und die Erhaltung des Verkehrswertes durch den Fortbestand der Vermögenszusammenfassung garantiert.

Aus Vorstehendem ist zu folgern, daß das Interesse der Beteiligten am Fortbestand des Gesellschaftsvermögens lediglich der Ausfluß ihres Strebens darstellt, den Ver-

2) Es sei bemerkt, daß die Erreichung des Gesellschaftszieles regelmäßig nur bei solchen Gesellschaften durch die Erhaltung der Vermögenszusammenfassung möglich erscheint, in denen die Mitglieder ein Ausscheiden vertraglich vorgesehen haben: Die das Ausscheiden betreffende Vereinbarung beweist nämlich, daß die Gesellschafter bei ihrem Abschluß der Auffassung waren, daß sie den Gesellschaftserfolg notfalls auch ohne die persönliche Mitarbeit des Einzelnen, seinen Kredit und sein Haftungsvermögen verwirklichen können. Das ist als ein Anzeichen dafür zu werten, daß diese personellen Elemente in den in Rede stehenden Fällen nicht von solcher Wichtigkeit sind, daß durch ihren Wegfall eine weitere Zweckverwirklichung unmöglich würde.

kehrswert des Vermögens zu erhalten. Da der Verkehrswert einer Vermögenszusammenfassung eine Funktion des Organisationswertes³⁾ des Vermögens ist, also - von dem Reproduktionswert der vorhandenen Realien abgesehen - allein durch die Höhe des Organisationswertes bestimmt wird, erscheint es zweckmäßig, das vorstehend dargestellte Interesse der Gesellschafter und Gesellschaftsgläubiger dem Vorbild Hecks und anderer folgend⁴⁾ nicht nach dem Verkehrswert, sondern nach dem Organisationswert zu benennen: Im Nachfolgenden soll daher, auch zum Zwecke der Vereinheitlichung der Terminologie, das in Rede stehende Interesse der Beteiligten ausschließlich als Interesse an der Erhaltung des Organisationswertes bezeichnet werden.

Der Begriff des Organisationswertes im vorstehend gebrauchten Wortsinn⁵⁾ ist ein denkbar weiter: Er umfaßt alle unkörperlichen, unselbständigen Vermögenswerte, die durch Organisation in weitestem Sinne, d.h. durch eine sinnvolle, nach Zweckmäßigkeitsgesichtspunkten durchgeführte Ausrichtung des Vermögens entstehen. Die einzelnen Bestandteile des Vermögens fügen sich durch eine derartige Organisation zu einer wirtschaftlichen Einheit zusammen, deren Wert im Regelfall die Summe der Einzelwerte der Bestandteile erheblich übersteigt.

Die Interessen der Gesellschaftsgläubiger sowie der ausscheidenden und verbleibenden Gesellschafter stehen jedoch insofern in einem echten Gegensatz, als es sich um die Frage handelt, wie die Erhaltung des Organisations-

3) Eine Begriffsbestimmung des Organisationswertes befindet sich auf S.25 Mitte

4) vgl. Heck Grundriß des Sachenrechts § 3,7 sowie Westermann a.a.O. § 8,3 a. - Es sei jedoch darauf hingewiesen, daß Heck den Begriff nicht zur Klärung der vorliegenden Streitfrage, sondern in anderem Zusammenhang, insbesondere bei der Behandlung von Fragen des Besitzrechts verwendet.

5) So Staudinger a.a.O. zu § 736 I 1; ähnlich Hueck a.a.O. § 17 III (S.81).

wertes bei Ausscheiden eines Gesellschafters rechtstechnisch durchzuführen ist, d.h. auf welchem Wege sich die Zuständigkeitsänderung vollziehen soll.

Das Interesse, das der ausscheidende Gesellschafter der Erhaltung des Organisationswertes entgegenbringt, ist nicht unbeschränkt; es wird vielmehr durch das sog. Beharrungsinteresse⁶⁾ begrenzt, d.h. durch das Interesse dieses Gesellschafters daran, seine Mitberechtigung am Sondervermögen nicht ohne seine Mitwirkung zu verlieren. Eine automatische Rechtsänderung, wie sie insbesondere die nach geltendem Recht eintretende Anwachsung darstellt, bedeutet für den Ausscheidenden in aller Regel eine Vorleistung, die stets mit Gefahren verbunden ist und sich auch in vorliegendem Fall ungünstig für ihn auswirken kann. Damit ist festgestellt, daß die in § 738 I 1 BGB normierte Anwachsung dem Interesse des Ausscheidenden zuwider läuft. Die für ihn günstigste Regelung wäre dann gegeben, wenn er bei Ausscheiden lediglich zur Übertragung des ihm gem. § 719 I BGB zustehenden Anteils am Gesellschaftsvermögen verpflichtet würde⁷⁾.

6) vgl. zum Begriff des Beharrungsinteresses z.B. Westermann a.a.O. § 45 I 2 (S.206).

7) Eine derartige Regelung wäre auch bei Beibehaltung der Grundkonzeption der BGB-Gesellschaft als einer Gesamthandsgesellschaft möglich. Bei der Beratung des zweiten Entwurfes zum BGB - vgl. Protokoll 139 (a.a.O. S.446) - wurde hierzu zwar ausgeführt, daß es nicht angehe, den ausscheidenden Gesellschafter zur Übertragung seines Anteils an die Verbleibenden zu verpflichten, da ihm doch die Verfügung über seinen Anteil grundsätzlich entzogen sei. Von anderer Seite wurde demgegenüber aber hervorgehoben, daß eine derartige Regelung - die übrigens auch dem ersten Entwurf zu Grunde lag - mit dem Wesen des Eigentums zur gesamten Hand an sich wohl vereinbar sei. Der einzelne Gesellschafter sei in der Verfügung über seinen Anteil nur beschränkt, weil das Gesellschaftsvermögen den Gesellschaftszwecken erhalten bleiben solle. Da die Übertragung des Anteils an die Verbleibenden aber darauf abziele, das Gesellschaftsvermögen zu erhalten, entspreche eine derartige Verfügung durchaus dem innersten Wesen des Gesamthandsverhältnisses.

Die vorstehend dargestellten typischen Interessen treten bei Ausscheiden aus einer Zweimanngesellschaft ebenso auf wie bei dem Ausscheiden aus einer aus mehr als zwei Mitgliedern gebildeten Gesellschaft: Es besteht mithin insoweit Identität der Interessenlagen.

Das Bestreben des bzw. der verbleibenden Mitberechtigten ist hingegen darauf gerichtet, die Erhaltung des wirtschaftlichen Wertes der Vermögensorganisation auf eine möglichst wirkungsvolle Art zu sichern. Eine gesetzliche Regelung, die den Verbleibenden nur einen schuldrechtlichen Anspruch auf Übertragung des dem Ausscheidenden zustehenden Vermögensanteils geben würde, liegt daher nicht in seinem Interesse. Wie immer auch eine derartige Rechtslage im einzelnen ausgestaltet wäre, der Ausscheidende könnte in aller Regel durch eine Verzögerung seiner Mitwirkung bei der Auseinandersetzung eine störungsfreie Förderung der Gesellschaftsziele zumindest zeitweise in Frage stellen. Dasselbe Ergebnis könnte insbesondere auch dadurch eintreten, daß der Ausscheidende - z.B. im Falle einer verzögerten Zahlung des ihm gebührenden Abfindungsbetrages seitens des oder der Verbleibenden - seinerseits seine Leistung mit Recht verweigerte. In allen diesen Fällen würde der Organisationswert infolge der Störung der Zweckverwirklichung⁸⁾ ganz oder teilweise vernichtet oder doch in einem jeden Einzelfall zumindest erheblich gefährdet.

Aus Vorstehendem ergibt sich die Schlußfolgerung: Auch die Interessen des bzw. der Verbleibenden stimmen bei zwei- und mehrgliedriger Gesellschaft voll überein. Das

8) Auf eine derartige Störung wurde bereits bei der Beratung des zweiten Entwurfs zum BGB (vgl. Protokoll 139 a.a.O. S.344) hingewiesen. Von einer Seite wurde erklärt, daß die Anwachsung verhindern solle, daß der Ausscheidende "durch ein etwaiges Einspruchsrecht" die übrigen Mitglieder an der den Gesellschaftszwecken entsprechenden Verfügung über das Gesellschaftsvermögen hindere.

Bestreben des bzw. der Verbleibenden geht dahin, ihre bisherige Beteiligung am Gesellschaftsvermögen nicht nur in wirtschaftlicher, sondern auch in rechtlicher Hinsicht zu erhalten und den Anteil des Ausscheidenden zusätzlich durch eine automatische Rechtsänderung bereits im Zeitpunkt des Ausscheidens auf ihn bzw. sie übergehen zu lassen. Zusammenfassend kann festgestellt werden, daß das Interesse dieses bzw. dieser Mitberechtigten also auf die Erhaltung der sog. Kontinuität der Vermögenszusammenfassung im eigentlichen Sinne des Wortes gerichtet ist.

Das typische Interesse der Gläubiger einer BGB-Gesellschaft geht ebenfalls dahin, den Übergang des dem Ausscheidenden zustehenden Vermögensanteils durch Anwachsung vollziehen zu lassen. Die Erhaltung des Organisationswertes dient der Stärkung der wirtschaftlichen Macht der verbleibenden Gesellschafter und damit zugleich der Sicherung der Realisierung der Gläubigeransprüche.

2. Die einander widerstrebenden öffentlichen Interessen

In seinem Grundriß des Schuldrechts⁹⁾ bemerkt Heck, daß die bei Totalauflösung einer Gesellschaft eintretende Rechtsfolge zwar kostspieliger, aber gerechter als die bei Ausscheiden stattfindende Anwachsung sei. Diese Äußerung läßt m.E. die Auffassung Hecks erkennen, daß sich der durch Ausscheiden eines Gesellschafters entstandene Interessenkonflikt in dem Gegensatz von Privatinteressen erschöpfe. Dieser Ansicht kann jedoch nicht gefolgt werden.

Bedeutsamer als der vorerwähnte Widerstreit der Interessen von ausscheidendem und verbleibendem Gesellschafter bzw. Gesellschaftsgläubiger erscheint mir ein anderer Interessenkonflikt, der im neueren Schrifttum namentlich bei Westermann¹⁰⁾ Erwähnung gefunden hat. Westermann

9) vgl. Heck a.a.O. § 125.

10) a.a.O. § 75 III 2 und IV.

weist darauf hin, daß der Gesetzgeber zum Schutze des Rechtsverkehrs regelmäßig bestrebt ist, sachenrechtliche Zuordnungsänderungen von ihrer Verlautbarung im Fahrnisrecht also von der Übergabe und im Liegenschaftsrecht von der Eintragung abhängig zu machen. Bei dem mit dem Ausscheiden eines Gesellschafters einhergehenden Zuständigkeitswechsel stehe jedoch das Interesse an der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens diesem Streben des Gesetzgebers nach Offenlegung des Rechtserfolges entgegen. Denn nur durch eine automatische, als Folge der personenrechtlichen Veränderung eintretende Zuordnungsänderung sei die sichere Gewähr für den Fortbestand des Gesamthandsvermögens gegeben. Nach dieser Meinung handelt es sich hier also um einen Interessenkonflikt, bei dem sich das Verlautbarungsprinzip und das Interesse am Fortbestand des Sondervermögens gegenüberstehen.

Besonderer Hervorhebung bedarf es in diesem Zusammenhang, daß das schutzwürdige Interesse nach dieser Auffassung lediglich in der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens als solchem gesehen wird, d.h. in der Erhaltung der Vermögenszusammenfassung, so lange sie einer Mehrheit von gesamthänderisch verbundenen Berechtigten zusteht.

Diese namentlich von Westermann vertretene Lehrmeinung, die im Schrifttum, soweit ersichtlich, bislang niemals ausdrücklich einer Kritik unterzogen wurde, darf jedoch nicht unwidersprochen bleiben. Beizupflichten ist Westermann zwar insofern, als er das Streben des Gesetzgebers nach Verlautbarung des Rechtserfolges als eines der maßgeblichen Interessen herausstellt, die an dem in Rede stehenden Interessenkonflikt beteiligt sind. Nicht unbedenklich erscheint es aber, das diesem Bestreben entgegenstehende Interesse in der Erhaltung des Gesellschaftsvermögens als solchem zu sehen.

Eine Kritik an der vorstehend wiedergegebenen Ansicht muß m.E. von der Feststellung ausgehen, daß das Interesse

an der Erhaltung der Vermögenszusammenfassung vielfach¹¹⁾
- und offensichtlich auch nach der Meinung Westermanns -
nicht nur als das private Interesse des bzw. der verblei-
benden Mitberechtigten und der Gesellschaftsgläubiger auf-
zufassen ist, sondern auch und zwar vornehmlich als ein
allgemeines Interesse, als ein Interesse der Rechtsge-
meinschaft. Gerade von diesem das öffentliche Interesse
betonenden Standpunkt aus ergeben sich Zweifel an der
Richtigkeit der angefochtenen Ansicht: Es ist nämlich
kein Grund ersichtlich, weshalb ein derartiges Interesse
des Gesetzgebers an der Erhaltung der wirtschaftlichen
Einheit eines Vermögens nur insoweit vorliegen sollte,
als es eine besondere Eigenschaft, nämlich die gesamt-
händerische Bindung besitzt. Auch das Bestreben der All-
gemeinheit geht vielmehr im Interesse einer Förderung der
Volkswirtschaft generell, d.h. sowohl bei Ausscheiden
eines Gesellschafters aus einer vielgliedrigen als auch
bei Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesellschaft
dahin, die Organisationswerte nicht durch eine Zersplitte-
rung der Vermögenszusammenfassung zu vernichten, sondern
sie durch die Erhaltung des Vermögens einer weiteren
Zweckverwirklichung dienstbar zu machen. Daraus ergibt
sich aber, daß der Fortbestand der wirtschaftlichen Ein-
heit eines Vermögens auch im öffentlichen Interesse in
dem Umfang schützenswert erscheint, in dem er die Erhal-
tung des Organisationswertes dieses Vermögens ermöglicht.
Damit ist ausgesprochen, daß nicht das Gesellschaftsver-
mögen als solches, sondern die Vermögenszusammenfassung
schlechthin, d.h. also auch nach dem Erlöschen ihrer ge-
samthänderischen Bindung als schutzwürdig anzusehen ist.

11) vgl. Cerutti a.a.O., der - allerdings im Rahmen einer
Prüfung der in § 142 HGB geschützten Interessen -
darauf aufmerksam macht, daß es u.a. auch "im Inter-
esse der Volkswirtschaft" liege, wenn Wirtschaftsgüter
ihrer bisherigen Zweckbestimmung erhalten blieben.
Dieselbe Ansicht ist auch bei Hueck a.a.O. § 17 IV 1
klar ausgesprochen.

Es ist mithin festzustellen: Den Interessen des ausscheidenden Gesellschafters und dem Verlautbarungsprinzip stehen sowohl die Privatinteressen der Gesellschaftsgläubiger und des bzw. der verbleibenden Gesellschafter an der Erhaltung des Organisationswertes als auch das hiermit inhaltlich übereinstimmende Interesse der Allgemeinheit gegenüber.

C. Folgerungen aus der zu B. dargestellten Interessenlage

Die Prüfung der Interessenlage, und zwar speziell bei der aus mehr als zwei Mitgliedern gebildeten BGB-Gesellschaft läßt erkennen, daß der Zweck des § 738 Abs.I,1 BGB in der Erhaltung des wirtschaftlichen Wertes der Vermögensorganisation und damit zugleich in der Erhaltung der Kontinuität dieser Vermögenszusammenfassung besteht.

An dieser Stelle sei bemerkt, daß der Schutz des Organisationswertes im geltenden Recht durchaus keine Ausnahmeerscheinung darstellt und insbesondere auch nicht auf den Bereich des Gesellschaftsrechts beschränkt ist. Es handelt sich hier vielmehr um ein Interesse, das im deutschen Recht generellen Schutz genießt.

Ein Beispiel mag das verdeutlichen. Unter Billigung der Lehre¹²⁾ hat die Rechtsprechung¹³⁾ bekanntlich auch den eingerichteten und ausgeübten Gewerbebetrieb in den Kreis der durch § 823 Abs.2 BGB geschützten Rechte einbezogen. Der tiefere Grund für diese rechtschöpferische Maßnahme

12) Lehmann formuliert in Enneccerus-Kipp-Wolff, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd.II von L.Enneccerus, § 234 B I b S.910 ff (912): "Wer in seiner schutzwürdigen Betätigung als Unternehmer durch unzulässigen Wettbewerb oder durch einen anderen unbefugten Eingriff in den Bereich seines Gewerbebetriebes beeinträchtigt wird, kann von dem Störer Beseitigung der Störung und bei Verschulden Schadensersatz verlangen. Bei drohender Wiederholung kann er auf Unterlassungsklagen".

13) RGZ 135/242; BGH 3/270 (278) u. 8/142.

muß in dem Bestreben der Rechtsprechung gesehen werden, den Organisationswert des Gewerbebetriebes zu schützen. Die Richtigkeit dieser These ergibt sich schon aus einer Untersuchung der Voraussetzungen, unter denen der Schutz des § 823 BGB gewährt wird, nämlich, daß der Gewerbebetrieb eingerichtet ist und ausgeübt wird: Unter der Einrichtung des ausgeübten Gewerbebetriebes ist die "organisierte" Vermögenszusammenfassung zu verstehen, die - und zwar noch im Zeitpunkt des Eintritts der Rechtsverletzung - bestimmten Zwecken gewidmet ist und deren Verkehrswert aus diesem Grunde die Summe der aktivierten Einzelwerte übersteigt. Damit ist aber dargetan, daß die Rechtsprechung letztlich den Schutz des Organisationswertes des Gewerbebetriebes beabsichtigt.

Daß die Erhaltung des Organisationswertes ein vom Gesetz generell geschütztes Interesse darstellt, ist bereits von Heck¹⁴⁾ erkannt worden und Gegenstand seiner Kontinuitätstheorie. Diese Theorie, die im modernen Schrifttum¹⁵⁾ Eingang gefunden hat, dient ihrem Begründer zwar vornehmlich zur Klärung der Frage nach dem Wesen des Besitztums. Er führt aus, der Besitztumserhalt ergebe sich daraus, daß die Sache mittels des Besitzes in ihrem Organisationswert dem Besitzer solange erhalten bleiben soll, bis durch Urteil das bessere Recht eines Dritten festgestellt sei. Heck behandelt aber, worauf auch Westermann aufmerksam macht, die Kontinuität im Besitzrecht lediglich als einen Einzelfall einer allgemein gültigen Erscheinung.

Als weiteres Ergebnis der Untersuchung ist festzustellen, daß die durch das Ausscheiden eines Gesellschafters hervorgerufene Interessenlage bei der zwei- und mehrgliedrigen BGB-Gesellschaft übereinstimmt. Bereits an dieser Stelle läßt sich hieraus die Schlußfolgerung ziehen, daß § 738 I 1 BGB auf die zweigliedrige Gesellschaft analoge Anwendung findet.

14)15) vgl. oben Anm.4.

D. Gründe gegen die im Schrifttum geäußerte Ansicht,
daß bei der zweigliedrigen BGB-Gesellschaft eine
Anwachsung nicht erforderlich sei

Im Schrifttum sind gegen die vorstehend vertretene Ansicht, derzufolge sich die Interessenlagen bei zwei- und mehrgliedriger Gesellschaft gleichen, zwei Bedenken von grundsätzlicher Bedeutung geltend gemacht worden. Der eine dieser Einwände ist andeutungsweise bereits in der Entscheidung des Reichsgerichts vom 23. Mai 1908¹⁶⁾ enthalten. Während das Gericht in diesem Beschluß anerkennt, daß bei den Personalgesellschaften des Handelsrechts ein echtes Bedürfnis bestehe, das Gesellschaftsvermögen in der Hand des allein verbleibenden Gesellschafters zusammenzuhalten, erscheint es ihm zweifelhaft, ob ein derartiges Bedürfnis auf dem Gebiet des bürgerlichen Rechts vorhanden sei. Zu dieser Frage hat, offensichtlich durch die zitierte Reichsgerichtsentscheidung beeinflusst, neuerdings Cerutti klar Stellung genommen. In seiner bereits erwähnten Abhandlung¹⁷⁾ macht er darauf aufmerksam, daß es bei den Gesellschaften des bürgerlichen Rechts nicht erforderlich sei, daß sie ein Vermögen besäßen oder daß ihnen Beiträge in Geld oder Sachwerten zuflössen. Des weiteren stellt er fest, daß "bei den vielen Gelegenheitsgesellschaften" ein gemeinsames Vermögen der Gesellschafter gewöhnlich gar nicht gebildet werde. Die Ausführungen Ceruttis gipfeln in der Feststellung, daß daher bei den BGB-Gesellschaften "für gewöhnlich" der Grund entfielen, der bei den Personalgesellschaften des Handelsrechts dazu geführt habe, eine gesetzliche Regelung zur Erhaltung der Vermögenszusammenfassung zu schaffen. Mit dieser Behauptung bringt Cerutti indirekt zum Ausdruck, daß bei Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters regelmäßig auch ein Interesse an der Erhaltung des Organisationswertes nicht vorliegen kann, da bei den von ihm erwähnten vermögenslosen BGB-Gesellschaften eine Vermö-

16) vgl. RGZ 68/410 ff (416).

17) a.a.O. Abschn. 2.

gensorganisation gar nicht besteht.

Die vorstehend wiedergegebene Auffassung vermag jedoch nicht zu überzeugen. Sie verkennt, daß bei der Ermittlung der durch Ausscheiden eines BGB-Gesellschafters entstandenen typischen Interessenlage auch nur von der typischen BGB-Gesellschaft ausgegangen werden kann. Die Gesellschaft des bürgerlichen Rechtes ist aber grundsätzlich Gesamthandsgesellschaft, d.h. eine mit einem Gesamthandsvermögen ausgestattete BGB-Außengesellschaft. Die gesetzliche Regelung der Gesellschaft bürgerlichen Rechtes beruht auf der Vorstellung, daß die Gesellschafter zur Erreichung ihres gemeinsamen Zieles in aller Regel ein ihnen allen gemeinschaftlich zur gesamten Hand zustehendes Gesellschaftsvermögen bilden. Nur so erklärt sich die eingehende Regelung des Gesellschaftsvermögens in den §§ 718 ff BGB; nur so erklären sich auch die ebenfalls ausführlichen, in den §§ 730 ff, 738 BGB enthaltenen vermögensrechtlichen Bestimmungen über die Total- und Teilauflösung der Gesellschaft.

Bei den vermögenslosen BGB-Gesellschaften, auf die sich Cerutti bezieht, handelt es sich hingegen lediglich um atypische Gesellschaftsformen, deren Errichtung durch die im Recht der BGB-Gesellschaft geltende Vertragsfreiheit ermöglicht wird. Ausdrücklich sei auch darauf hingewiesen, daß die vermögenslosen BGB-Gesellschaften in diesem Zusammenhang selbst dann als atypische Gesellschaftsformen anzusehen wäre, wenn sie, wie von Cerutti behauptet, an Zahl und wirtschaftlicher Bedeutung die Gesamthandsgesellschaften erheblich überflügeln würden. Die Grundkonzeption der BGB-Gesellschaft als eine Gesamthandsgemeinschaft würde nämlich auch hierdurch nicht berührt.

Darüber hinaus sei aber bemerkt, daß den Gesellschaften ohne Gesamthandsvermögen in der Praxis nicht annähernd die maßgebliche Bedeutung zukommt, die ihnen von Cerutti offensichtlich beigemessen wird. Da die BGB-Gesellschaften teilweise, wie etwa die Gelegenheitsgesellschaften

statistisch nicht erfaßt werden können, aber auch die erfaßbaren Gesellschaftsarten, wie etwa die Erwerbsgesellschaften des bürgerlichen Rechts, in amtlichen Statistiken nicht gesondert ausgewiesen werden¹⁸⁾, ist ein exakter Beweis für die vorstehende Feststellung nicht zu erbringen. Nichtsdestoweniger läßt aber bereits eine Zusammenstellung der Hauptanwendungsgebiete der BGB-Gesellschaft die tatsächliche Bedeutungslosigkeit der vermögenslosen Gesellschaften erkennen. Folgende Anwendungsgebiete seien hier erwähnt:

Neben den Gelegenheitsgesellschaften sind vor allem die Erwerbsgesellschaften der Minderkaufleute zu nennen, sowie die Vereinigungen der Gewerbetreibenden, die überhaupt nicht Kaufleute sind, wie etwa die Lohnhandwerker. Dieser Gruppe sind außerdem die Zusammenschlüsse der Landwirte, Ärzte und Rechtsanwälte zuzurechnen. - Erin-
nert sei schließlich auch an die Gesellschaften mit idea-
lem Zweck, d.h. mit möglicherweise wissenschaftlichen,
religiösen, künstlerischen oder politischen Zielen.

Bei allen vorgenannten Gesellschaftsarten wird aber erfahrungsgemäß in aller Regel ein Gesellschaftsvermögen gebildet. Selbst die Gelegenheitsgesellschaften machen m.E. darin nur selten eine Ausnahme: Auch in den Fällen, in denen eine Gesellschaft nur vorübergehend zur Vornahme einzelner Rechtsgeschäfte errichtet wird, wird zur Durchsetzung des Gesellschaftszweckes meistens ein Gesellschaftsvermögen notwendig sein. Aus der Fülle derartiger Fälle seien als häufig vorkommende und daher charakteristische Beispiele genannt: Emissionskonsortien, Wettgemeinschaften, Vereinigungen zum Ankauf und zur Parzellierung von Grundstücken, gemeinsames Halten eines Kfz's, die Verabredung zum gemeinsamen Einkauf zwecks Erzielung eines Preisnachlasses.

18) vgl. z.B. Stat. Jahrbuch für die Bundesrepublik Deutschland, 1956, S.166 ff.

Letztlich darf auch nicht unerwähnt bleiben, daß die Ausführungen Ceruttis insofern in einem inneren Widerspruch zueinander stehen, als er einerseits das Fehlen einer Anwachsungsbestimmung für den Fall des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters mit dem Hinweis darauf begründet, daß bei den Gesellschaften des bürgerlichen Rechts ein Gesellschaftsvermögen ja teilweise nicht gebildet werde, andererseits aber, allgemeiner Ansicht folgend, doch zugestehen muß, daß der genannte Umstand der Schaffung einer Anwachsungsbestimmung für den Fall des Ausscheidens aus einer vielgliedrigen Gesellschaft nicht entgegenstand. Cerutti kommt mithin zu dem bezeichnenden Ergebnis, daß er die Anwachsung, die er in einem Fall kritiklos als geltendes Recht anerkennt, in einem anderen - und zwar gleichgelagerten - Fall hingegen als sinnlos ablehnt.

E. Die Interessenlage unter besonderer Berücksichtigung des Wesens des Organisationswertes

Schwerwiegender als das von Cerutti geäußerte Bedenken erscheint ein anderer Einwand, der sich aus dem Wesen des Organisationswertes ergibt.

Das charakteristische Merkmal des Organisationswertes besteht in seiner völligen Abhängigkeit von der Funktionsfähigkeit der Vermögensorganisation; d.h. die Organisation der Vermögenszusammenfassung verliert in den Fällen ihren wirtschaftlichen Wert, in denen sie ihre Funktionsfähigkeit einbüßt. Eine Funktionsunfähigkeit liegt aber u.a. stets dann vor, wenn eine weitere Förderung der mit der Vermögenszusammenfassung verfolgten Zwecks eingestellt wird. In derartigen Fällen, in denen also der Organisationswert infolge Aufgabe der weiteren Zweckverwirklichung vernichtet wird, erlischt damit zugleich auch das Interesse an einer weiteren Erhaltung der wirtschaftlichen Einheit des Vermögens. Eine Anwachsung wäre daher hier nicht gerechtfertigt. Die vorstehende Überlegung kommt

mithin zum selben Ergebnis, wie die Autoren, die - allerdings ohne Angabe sachlicher Gründe - das Anwachsungsprinzip bei dem Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters ausdrücklich nur unter der Voraussetzung anerkennen, daß "die Gesellschaft Vermögen hat, dessen bisherige Zweckbestimmung auch nach dem Aufhören der Gesellschaft fort dauert"¹⁹⁾.

Obgleich diese Lehrmeinung somit grundsätzlich als richtig anerkannt werden muß, so kann aber doch einer Schlußfolgerung, die sich nach Staudinger-Geiler²⁰⁾ aus ihr ergeben soll, nicht beige pflichtet werden: Staudinger-Geiler geht bei seiner Folgerung von der Feststellung aus, daß sich bei der BGB-Gesellschaft nur schwer bestimmen lasse, ob beim Übergang des Sondervermögens auf den allein übrig bleibenden Gesellschafter auch die bisherige Zweckbestimmung von diesem Gesellschafter aufrecht erhalten werde. In vielen Fällen bleibe es dann zweifelhaft, ob die bisherige Zweckwidmung fort dauere, d.h. also, ob Anwachsung eingetreten sei. Staudinger-Geiler macht weiter darauf aufmerksam, daß bei sachenrechtlichen Rechtsvorgängen und namentlich bei den Zuständigkeitsänderungen im Liegenschaftsrecht die Rechtslage eindeutig bestimmt sein müsse. Aus Gründen der Rechtssicherheit sei es daher geboten, die einzelnen Bestandteile des Gesellschaftsvermögens, allgemeinen sachenrechtlichen Prinzipien folgend, bei Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters generell, d.h. in allen Fällen durch rechtsgeschäftliche Übertragungshandlungen auf den verbleibenden Gesellschafter übergehen zu lassen. Zur Stützung seiner Ansicht weist er schließlich darauf hin, daß gerade unter dem Gesichtspunkt des Fortbestandes der Zweckwidmung eine Differenzierung zwischen Handelsrecht und bürgerlichem Recht sinnvoll erscheine: Bei den Gesamthandsgesellschaften des

19) vgl. Cerutti a.a.O. Abschn.2 sowie die oben Kap.II Anm.24 angeführte Literatur.

20) a.a.O. zu § 736 I 4.

Handelsrechts werde die Erhaltung der Zweckbestimmung ja stets dadurch offenkundig, daß das Unternehmen als Einzelshandelsgewerbe weiterbetrieben werde.

Den vorstehend wiedergegebenen Ausführungen Staudinger-Geillers ist zu entgegnen, daß das Streben nach Rechtssicherheit dem Eintritt der Anwachsung nicht entgegensteht.

Auch bei dem Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters ist die - hier allein in Rede stehende - typische Interessenlage in allen Fällen grundsätzlich einheitlich. Im Einzelfall ist daher eine Prüfung der Interessenlage entbehrlich. Es kann vielmehr generell davon ausgegangen werden, daß auch nach dem Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters die Zweckwidmung aufrechterhalten bleibt. Das ergibt sich aus folgender Überlegung:

Die Erhaltung des Organisationswertes liegt, wie an anderer Stelle erörtert, sowohl im privaten als auch im öffentlichen Interesse. Angesichts dessen bedarf es hier der Hervorhebung, daß vornehmlich das Streben der **R e c h t s g e m e i n s c h a f t** nach Erhaltung volkswirtschaftlichen Vermögens als das in § 738 I 1 BGB geschützte Interesse anzusehen ist.

Für die Richtigkeit dieser Feststellung spricht, daß das Gesetz die privaten Interessen von verbleibenden Gesellschaftern und Gesellschaftsgläubigern an der Erhaltung des Organisationswertes schwerlich höher bewertet wissen wollte, als das entgegenstehende öffentliche Interesse an der Offenlegung des Rechtserfolges. Stünde eine solche Bewertung doch nicht mit dem allgemein gültigen Rechtsgedanken²¹⁾ in Einklang, daß private Rechte und Vorteile bei Vorliegen eines echten Widerspruchs hinter die Interessen des gemeinen Wohles zurückzutreten haben.

Die Richtigkeit dieser Annahme wird auch durch den Hinweis auf die Bestimmung des § 738 Absatz 2 BGB bewiesen,

21) vgl. § 74 Einl. pr.ALR.

demzufolge der Wert des Gesellschaftsvermögens, soweit erforderlich, im Wege der Schätzung zu ermitteln ist. Diese Vorschrift enthält keine Bewertung privater Interessen: Weder dem ausscheidenden Gesellschafter noch den verbleibenden ist nämlich daran gelegen, die Bewertung der Abfindung auf dem von § 738 BGB eingeschlagenen Weg durchzuführen: Die Bewertung des Gesellschaftsvermögens hat, wie zahlreiche höchstrichterliche Entscheidungen be- weisen²²⁾, von jeher erhebliche Schwierigkeiten bereitet und ist teilweise nur auf Grund subjektiver Schätzungen durchführbar. Nicht eine derartige, stets mit Risiken verbundene Abschätzung des Vermögenswertes durch Dritte, sondern seine Festsetzung durch einen unter ihrer Mitwirkung geschlossenen Auseinandersetzungsvertrag wird den Interessen der genannten Beteiligten am ehesten gerecht. - Die Vorschrift des § 738 II BGB erklärt sich m.E. mithin wohl daraus, daß der Gesetzgeber das Zustandekommen einer Einigung der Parteien über das Ausscheiden im ö f f e n t l i c h e n Interesse, d.h., um den Organisationswert der Volkswirtschaft zu erhalten, begünstigen will.

Wenn auch die Wahrung eines öffentlichen Interesses somit das eigentliche Ziel des Gesetzgebers ist, so bedient er sich doch zu seiner Erreichung des vorerwähnten gleichgerichteten Privatinteresses. Ein derartiges Interesse besteht aber, wie eingangs dargelegt, auch bei dem Auscheiden aus einer zweigliedrigen BGB-Gesellschaft. Dieses Interesse des alleinverbleibenden bisherigen Gesellschafters stellt die eigentliche Triebfeder dar, die in einem jeden Einzelfall die Erhaltung des Organisationswertes garantiert.

Im Hinblick auf das von Staudinger-Geiler geäußerte Bedenken sei ergänzend bemerkt, daß es angesichts einer derartigen Sachlage einer Verlautbarung des Fortbestandes der bisherigen Zweckwidmung nicht bedarf. Wenn man aber, dem Vorbild Staudinger-Geilers folgend, nach einem Indiz

22) vgl. Hueck, a.a.O. § 17 III, 5.Abs.

dafür sucht, daß die Zweckbestimmung aufrecht erhalten bleibt, so ist es z.B. in dem namentlich von Geiler²³⁾ und Wieland²⁴⁾ aufgestellten Kriterium des Begriffes Ausscheiden zu sehen, nämlich darin, daß das gesamte Gesellschaftsvermögen von dem verbleibenden Gesellschafter übernommen und damit als Vermögenszusammenfassung erhalten wird: In den Fällen, in denen ein Gesellschafter ein Sondervermögen - und zwar gegen Entrichtung einer geldwerten Abfindung - übernimmt, kann nämlich davon ausgegangen werden, daß er dieses Vermögen - zu eigenem Nutzen - auch weiterhin einer sinnvollen, d.h. "zweckentsprechenden" Verwendung zuführen wird. Damit ist bereits ausgesprochen, daß das Gesellschaftsvermögen in aller Regel, d.h. im typischen Fall, auch nach dem Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters seiner bisherigen Zweckbestimmung - allerdings verstanden im weitesten Sinn des Wortes - erhalten bleibt.

Zusammenfassend ist zu sagen, daß der vorstehend erörterte Einwand ebensowenig wie der von Cerutti erhobene zu überzeugen vermag: Die durch Ausscheiden eines Gesellschafters hervorgerufene Interessenlage stimmt bei der zwei- und mehrgliedrigen BGB-Gesellschaft überein. Die Untersuchung kommt somit zu dem Ergebnis, daß eine analoge Anwendung des § 738 I 1 BGB auf die zweigliedrige Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gerechtfertigt ist. Im Ergebnis schließe ich mich damit der Ansicht der Autoren an, die, wie Dorst²⁵⁾, Leonhard²⁶⁾ und Kress²⁷⁾ die Anwachsung einschränkungslos bejahen. Die vorstehend vertretene Auffassung stimmt im Ergebnis auch mit der Recht-

23) bei Staudinger a.a.O. zu § 736 I 4 Satz 2.

24) Komm. zum HGB Bd. 2 II § 56 Anm. 17 am Ende (S. 653).

25) vgl. oben Kap. II Anm. 22.

26) vgl. a.a.O. § 152 (S. 293).

27) Lehrbuch des besonderen Schuldrechts § 40 I Fc.

Berechtigung der Befragtenrechte insofern berechtigt, als das Gericht bereits in dem Urteil vom 23.2.1937²⁸, im Anschluß an eine Unternehmung des § 17a BGB gehalten, d.h. nicht nur für den Bereich der Handelsgesellschaften feststellt: "Als sachlicher Grund, die Abgrenzung auf die Person des Vorstands der Gesellschaft zu beschränken, dürfte kaum vorhanden sein"²⁹).

28) vgl. RGZ 65/227 (236).

29) Diese Äußerung ist aber nur Teil einer hypothetischen Erwägung und wird vom Verleger auch nicht weiter begründet.

IV. Analoge Anwendung des § 738 I 1 BGB
aus rechtsdogmatischen Gründen?

A. Der rechtsdogmatische Ausgangspunkt der Untersuchung

Bei der Überführung von gesamthänderischem Miteigentum zweier Gesellschafter in Alleineigentum eines von ihnen handelt es sich um eine Rechtsänderung, durch die die Eigentumsrechte an dem Vermögensobjekt von Grund auf umgewandelt werden, d.h. um einen Zuständigkeitswechsel. Die grundsätzliche Verschiedenartigkeit der beiden Eigentumsarten wurde in der Rechtsprechung schon vor dem Inkrafttreten des BGE's in einigen Entscheidungen herausgearbeitet, die sich mit der Umwandlung von Bruchteileigentum in Gesamthandseigentum der bisherigen Miteigentümer zu befassen hatten. So äußerte das OLG Breslau in einem Beschluß vom 17.1.1898¹⁾ die Ansicht, daß Gesamthandseigentum und Eigentum nach Bruchteilen derart unterschiedlich seien, daß die Überführung der einen Miteigentumsart in die andere als Eigentumswechsel anzusehen sei. Zur Begründung führt das genannte Gericht u.a. aus, daß dem einzelnen Miteigentümer einer Sache bis zu deren Einbringung in das Vermögen einer aus allen Miteigentümern bestehenden Gesellschaft ein ideeller Sachanteil zu Sondereigentum zustände. Mit der Überführung der Sache in Gesamthandseigentum der Gesellschafter verliere der Miteigentümer jedoch dieses Sondereigentum, womit feststehe, daß sich in Bezug auf den Anteil ein Eigentumswechsel vollzogen haben müsse. Dem Einwand, daß dieser Rechtsverlust lediglich als eine - jede Einwirkungsmöglichkeit ausschließende - Verfügungsbeschränkung aufzufassen sei,

1) vgl. Johow Bd.17/44 ff. (46 f); gleicher Meinung auch schon Staub, Komm. zum HGB, 5.Aufl. S.166. Die gegenenteilige Ansicht findet sich noch in RGZ Bd.30/152 ff. (Urteil des RG vom 15.2.1892); vgl. hierzu weiter RG in Gruchot, Beiträge Bd.38 S.1061 und KG in Jahrbuch Bd.6 S.65.

begegnet das Gericht mit dem Hinweis auf den zu jener Zeit geltenden § 143 ADHGE: Da die in Gesellschaftseigentum übergegangenen eingebrachten Sachen der Mitgesellschafter nach dieser Bestimmung bei der Gesellschaftsaus-einandersetzung nicht an die Gesellschafter zurückfielen, diese vielmehr nur einen Anspruch auf Wertanrechnung erhielten, sei erwiesen, daß die Miteigentumsrechte bei Be-endigung der Gesellschaft nicht - wie es jedenfalls bei Vorliegen einer Verfügungsbeschränkung der Fall wäre - wieder auflebten. Die Unrichtigkeit der Auffassung, daß bei der Umwandlung lediglich eine Verfügungsbeschränkung eintrete, sei damit dargetan. Sie ergebe sich darüber hinaus auch aus der Regelung, die der Gesellschafterwechsel im Gesetz gefunden habe. Der ehemalige Bruchteils-eigentümer stehe nämlich nach seinem Ausscheiden aus der Gesellschaft nicht mehr in einer rechtlichen Beziehung zu der Sache, wohingegen jeder Dritte allein durch seinen Gesellschaftsbeitritt in eine solche Beziehung zu ihr treten könne.

Dadurch, daß das Gericht das Eigentum nach Bruchteilen als "Sondereigentum" bezeichnet, wird offenbar, worin das entscheidende Merkmal dieses Eigentumswechsels zu sehen ist: nämlich darin, daß beim Bruchteilseigentum eine in-dividualistische Zuständigkeit²⁾ gegeben ist, daß mit seiner Überführung in Gesamthandseigentum aber eine so-zialrechtliche Zuständigkeit, eben die gesamthänderische, begründet wird. - Da Alleineigentum und Bruchteilseigen-tum wesensgleich sind, treffen die vorstehenden Ausführungen auch auf das Verhältnis von Gesamthandseigentum zum Alleineigentum zu.

Die Begründung des OLG Breslau hat sich auch das Reichs-gericht in einem Urteil vom 2.11.1903³⁾ zu eigen gemacht, in dem es ausführt, daß die Miteigentümer ihre rechtli-chen Beziehungen an den in ihrem Miteigentum stehenden

2) vgl. hierzu Lehmann Allg. Teil des BGB a.a.O. § 1 (S.2).

3) vgl. RGZ Bd. 56/96 ff (100 f).

Gegenständen durch deren Überführung in Gesamthandseigentum von Grund auf änderten. In einem Urteil vom 21.4.1904⁴⁾, in dem die Umwandlung des Gesamthandseigentums an einem Nachlaßgrundstück in Miteigentum der Erben behandelt wird, hat das Gericht seinen Standpunkt noch einmal eingehend begründet, insbesondere unter Hinweis darauf, daß das Miteigentum nach Bruchteilen gegenüber dem gesamthänderisch gebundenen Eigentum auch in wirtschaftlicher Hinsicht in wichtigen Beziehungen anders geartet sei. In dem bereits mehrfach erwähnten Urteil vom 23.2.1907⁵⁾, in dem die vermögensrechtliche Wirkung des Ausscheidens des vorletzten Mitglieds einer OHG und mithin zwangsläufig auch das Verhältnis von Gesamthandseigentum und Alleineigentum untersucht wird, hat sich das Reichsgericht auf diese Entscheidung bezogen. Daraus wird ersichtlich, daß auch dieses grundlegende Urteil, mit dem sich die vorliegende Untersuchung eingehend auseinanderzusetzen hat, davon ausgeht, daß die Überführung von Gesamthandseigentum in Alleineigentum eines der Gesamthänder einen Zuständigkeitswechsel darstellt.

Diese Umwandlung eines - allgemein ausgedrückt - gesamthänderisch gebundenen Rechts in Alleinrecht eines der bisherigen Mitberechtigten kann sich nach geltendem Recht auf zwei verschiedenen Wegen vollziehen.

Regelmäßig erfolgt ein derartiger Vermögensübergang durch rechtsgeschäftliche Übertragungen der einzelnen Rechte nach den für sie jeweils maßgebenden allgemeinen Regeln. Im Gesellschaftsrecht hat der Gesetzgeber diesen Weg unstreitig sowohl in den Fällen beschritten, in denen zum Gesellschaftsvermögen gehörende Gegenstände während des Bestandes der Gesellschaft einzelnen Mitberechtigten zugeordnet werden sollen, als auch in den Fällen, in denen infolge Auflösung der Gesellschaft eine Vermögensvertei-

4) vgl. RGZ Bd. 57/432 ff (435).

5) vgl. RGZ Bd. 65/227 ff.

lung unter den Gesamthändern vorgenommen wird.

Die zweite vom Gesetz für die Durchführung des Zuständigkeitswechsels vorgesehene Möglichkeit besteht in dem automatischen Übergang des Gesamthandsvermögens als "Folge" eines personenrechtlichen Vorganges. Ein solcher Vermögensübergang hat namentlich im Handels- und Erbrecht sowohl erhebliche theoretische als auch praktische Bedeutung erlangt⁶⁾. Im Nachfolgenden soll geprüft werden, ob dogmatische Gründe zu der Annahme zwingen, daß auch das Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafter zu einem derartigen Übergang des Gesamthandsvermögens auf den alleinverbleibenden bisherigen Gesellschafter führt.

B. Die Bedeutung des mit Reichsgerichtsurteil vom 23.2.1907 vollzogenen allgemeinen Auffassungswandels über die Rechtsnatur der Gesamthandsberechtigung

1. Vorbemerkung

In dem vorerwähnten Urteil hat das Reichsgericht erstmalig den Grundsatz aufgestellt, daß auch nach der von ihm seit langem⁷⁾ in ständiger Rechtsprechung vertretenen Lehre von der ungeteilten Gesamthandsberechtigung jedem einzelnen Gesamthänder eine unmittelbare Mitberechtigung an dem Gesellschaftsvermögen zustände. Wenn man, so führt das Gericht aus, an der allgemein anerkannten Ansicht festhalte, daß die OHG keine juristische Person sei, so werde dadurch jede Auffassung unmöglich gemacht, die die Gesellschafter als Inhaber des gemeinschaftlichen Vermögens im Ernste gänzlich eliminieren wolle. Das Gericht betont, daß zwischen der Vermögensträgerschaft, d.h. der

6) vgl. § 142 HGB, §§ 1935, 2094 BGB sowie die Ausführungen unten Kap.VI.

7) vgl. z.B. RGZ Bd.25/252 ff (S.255 f); ebenso RG in JW 1887 S.196 Nr.25, 1888 S.214 Nr.20, 1889 S.487 Nr.26 und 1892 S.27 Nr.49, sämtlich zit. in Gruchot, Beiträge 39/856; desgl. RGZ v. 14.10.1898 in Gruchot Beiträge Bd. 43/198 ff (202).

Zuständigkeit für das Gesellschaftsvermögen, und den Folgerungen, die sich aus der Mitberechtigung der Gesamthänder für die Gebundenheit in der Ausübung ihrer Rechte ergeben, unterschieden werden müsse.

Diese Entscheidung des Reichsgerichts stellt, wie Dorst⁸⁾ bereits kurze Zeit nach ihrer Veröffentlichung hervorhob, eine bedeutsame "Umwälzung" der bisherigen Konstruktion der Gesamthandsgemeinschaft dar. Da infolge dieses Auffassungswandels auch das Verhältnis von Gesamthandsberechtigung und Anteilsanwachsung in einem neuen Licht erscheint, sei auf diesen Wandel im Nachfolgenden näher eingegangen.

2. Begriff und Anwendungsbereich der Anteilsanwachsung nach der älteren Lehre

Bis dahin war in der Rechtsprechung stets die Ansicht vertreten worden, daß "die Fähigkeit, Eigentum im wirklichen Sinne zu haben"⁹⁾, der Gesellschaft beigemessen werden müsse, der der einzelne Gesellschafter "gleich einem Dritten"¹⁰⁾ gegenüberstehe. Träger des Gesellschaftsvermögens waren mithin nach dieser Meinung die Gesellschafter in ihrer Zusammenfassung im Gegensatz zu ihnen als einzelnen. Die Gebundenheit des Gesellschaftsvermögens liege, so bemerkt das Gericht an anderer Stelle¹¹⁾, "nach der Seite der Personen als der Träger hin". In einem ausführlichen Urteil vom 5.12.1889¹²⁾ hat das genannte Gericht seine damalige Auffassung dahingehend erläutert, daß der einzelne Gesellschafter während des

8) a.a.O. S. 282.

9) vgl. RGZ Bd. 54/278 (280).

10) vgl. RGZ 56/430 (432 Mitte).

11) vgl. RGZ Bd. 56/208 ff (S.208).

12) vgl. RGZ Bd. 25/252 ff (S.256 Mitte).

Bestandes der Gesellschaft immer nur die sich aus dem Gesellschaftsvertrage ergebenden Ansprüche gegen die Gesellschaft habe, die ihm als Rechtsträgerin gegenüberstehe. In der zitierten Entscheidung weist das Gericht darauf hin, daß dem Gesellschafter selbst beim Ausscheiden eine unmittelbare Mitberechtigung am Gesellschaftsvermögen versagt sei. Ebenso bleibe auch im Falle der Liquidation die Gesellschaft als solche Trägerin des Sondervermögens.

Vom Boden dieser Rechtsansicht aus erscheint es höchst bedenklich, trotz Fehlens einer ausdrücklichen gesetzlichen Vorschrift den Eintritt der Anwachsung auch bei Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesellschaft zu bejahen. Dennoch hat das Reichsgericht aber zeitweise, und zwar unter Zustimmung des Pr.OVG¹³⁾, auch in diesem Falle eine Anwachsung angenommen. In der Entscheidung vom 5.12.1889¹⁴⁾ stellt das Reichsgericht beiläufig und ohne Anführung von Gründen fest, daß sich die durch Abgang des vorletzten Gesellschafters vereinigten gesellschaftlichen Rechte in Eigentum an den zum ehemaligen Gesellschaftsvermögen gehörenden Gegenständen "umsetzten". Diesen Standpunkt hat das genannte Gericht auch in einer Entscheidung vom 14.10.1898¹⁵⁾ aufrecht erhalten. Nachdem es in diesem Urteil zunächst erklärt hat, daß sich das Eigentumsrecht der Gesamtheit an dem gemeinschaftlichen Vermögen durch das Ausscheiden einzelner Mitglieder nicht verändere, namentlich auch nicht vermehre, trifft es sodann die Feststellung, daß diese Ausführungen aber auch für den Fall gelten, daß die Gesamtheit nur aus zwei Personen bestehe. Hier ergebe sich nur der Unterschied, daß nach dem Gesellschafterabgang in der "Gesamtheit" nur eine Person verbleibe, wodurch das Gesamteigentum als solches seine Bedeutung einbüße.

13) vgl. Pr.OVG 31/43 ff und 41/79 ff (S.81 Mitte).

14) vgl. RGZ Bd. 25/252 ff (S.257).

15) vgl. RGZ in Gruchot Bd. 43/198 ff (S.202).

Diesen im Schrifttum lebhaft widersprochenen Ausführungen des Reichsgerichts hält das Kammergericht m.E. zutreffend entgegen¹⁶⁾, daß nicht einzusehen sei, wie ein Gesellschafter, der bislang keine Eigentumsrechte besessen habe, anders als durch einen Eigentumswechsel Eigentümer des Gesellschaftsvermögens werden könne. Nach geltendem Recht vollziehe sich der Eigentumsübergang auf einen bisher unbeteiligten Dritten aber nach allgemeinen sachenrechtlichen Regeln. An anderer Stelle¹⁷⁾ ergänzt das Kammergericht seine Stellungnahme durch den Hinweis darauf, daß eine Gesamtheit, die nur aus einer Person bestehe, begrifflich undenkbar sei. Auch könne das Gesamthandseigentum nicht seine Bedeutung verlieren, sondern nur entweder als Gesamthandseigentum fortbestehen oder durch eine Rechtsänderung in Sondereigentum verwandelt werden.

Dieser Rechtsauffassung ist vom Boden dieser älteren Gesamthandstheorie zuzustimmen. Bei der Anwachsung handelt es sich nach vorstehender Ansicht folgerichtig lediglich um eine durch den Gesellschafterabgang hervorgerufene automatische Änderung der Rechte der Gesellschafter am Vermögens-g a n z e n , durch die aber - worauf hier ausdrücklich hingewiesen sei - die rechtliche Zuordnung des Gesellschaftsvermögens nicht berührt wird¹⁸⁾. Die Anwachsung ist mithin vom Boden dieser Lehrmeinung aus als ein sozialrechtliches Prinzip aufzufassen, das lediglich gewährleistet, daß die Anteile am Vermögensganzen stets in Händen des den Eigentümer der Vermögenszusammenfassung bildenden Personenkreises verbleiben, Ein derarti-

16) vgl. Beschluß vom 6.11.1893 in Johow, Jahrbuch f. Entsch. in Angel. d. freiw. Gerichtsbarkeit Bd.13/229 ff. (S.231).

17) vgl. Beschluß des KG vom 4.8.1904 in Rechtspr. d. OLG Bd. 9/254 f (S.255).

18) so OLG 9/255 (unten).

ges Prinzip kann aber nach dieser Lehre nicht wirksam werden, wenn es - wie beim Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters - um die Überführung der bisher der Gesellschaft gehörenden Gegenstände in das Sondereigentum eines der Gesamthänder geht, d.h. mit anderen Worten, wenn es sich um die Durchführung von Zuordnungsänderungen handelt.

3. Die Einwirkung der neueren Lehre auf den überlieferten Begriff der Anteilsanwachsung

Durch den mit Urteil vom 23.2.1907 vollzogenen und von Lehre und Rechtsprechung gebilligten grundlegenden Wandel der Rechtsauffassung des Reichsgerichtes ist offenbar geworden, daß die im vorstehenden Abschnitt dargestellte Ansicht des Kammergerichtes über den Anwendungsbereich der Anwachsung auf einer unzutreffenden Vorstellung von der Rechtsnatur der Gesamthandsgemeinschaft beruht und daher ebenso rechtsirrig wie die erörterte, auf RGZ 25/252 ff zurückgehende ältere Auffassung des Reichsgerichtes ist. Hieraus folgt, daß die gesamte vor Erlass dieses Urteils ergangene diesbezügliche höchststrichterliche Rechtsprechung zur Klärung der in Rede stehenden Streitfrage nicht wesentlich beitragen kann. Es muß daher bedenklich stimmen, wenn auf diese veralteten und zumindest in der Begründung unzutreffenden Erkenntnisse auch noch in der neueren Literatur zur Stützung von Rechtsansichten kommentarlos verwiesen wird.

Die Bedeutung des erörterten allgemeinen Wandels der Rechtsauffassung besteht ferner darin, daß mit ihm zugleich die dogmatischen Bedenken entfallen sind, die dem Eintritt der Anwachsung bei Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters bislang entgegenstanden.

Die Lehre von der ungeteilten Gesamthandsberechtigung, derzufolge jeder einzelne Gemeinschaftler Träger des ungeteilten Vermögens ist, zwingt dazu, die Anwachsung auch

im Bereich des Gesellschaftsrechts als eine automatische Rechtsänderung zu begreifen, durch die die Berechtigung eines jeden Gesamthänders mit Ausscheiden eines Mitgliedes die durch dessen bisherige Mitberechtigung bedingte sozialrechtliche Bindung¹⁹⁾ verliert. Eine derartige Rechtsänderung läßt sich aber, wie auch das Reichsgericht a.a.O.²⁰⁾ hervorhebt, in eben derselben Weise wie bei der mehrgliedrigen Gesellschaft, auch bei der Zweimanngesellschaft erklären. Die mit Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters eintretende Zuständigkeitsänderung vollzieht sich hiernach im einzelnen wie folgt²¹⁾: Vor dem Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters steht jedem der beiden Gesamthänder an den zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen eine unmittelbare und ungeteilte Mitberechtigung zu, die lediglich durch das konkurrierende Recht des jeweiligen alleinigen Mitgesellschafters beschränkt ist. Durch sein Ausscheiden verliert der abgehende Gesellschafter sein den verbleibenden Gesellschafter einschränkendes Recht. Das Vermögen ist dadurch hinfort ganz und ausschließlich dem verbleibenden bisherigen Gesellschafter dinglich zugeordnet, d.h. es hat seine gesamthänderische Bindung verloren. Die Gesamthandsberechtigung hat damit ihre spezifische Bedeutung eingebüßt und sich infolgedessen in der Hand des verbleibenden bisherigen Gesellschafters automatisch in freies Vermögen, beispielsweise in Alleineigentum, verwandelt.

4. Überprüfung des Ergebnisses an Hand der höchstgerichtlichen Rechtsprechung

Daß bei Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters Anwachsung eintritt, erscheint nach Vorstehendem nicht

19) verstanden im Sinne Geilers a.a.O. Vorbem. 41 zu § 705.

20) S.235.

21) vgl. auch die Darstellung dieses Vorganges bei Dorst a.a.O. S.281 f.

nur möglich, sondern auch bereits in hohem Grade wahrscheinlich²²⁾. Dieses Ergebnis der Untersuchung bedarf aber im Hinblick auf ein Bedenken, das vom Reichsgericht im Urteil vom 23.2.1907 erhoben wurde, der Überprüfung. Das Gericht führt hier aus, daß die Natur der Gesamthand "an sich unsicher und unbestimmt" sei: Das Gesamthandprinzip brauche in den verschiedenen Gesamthandsgemeinschaften des geltenden Rechts nicht gleichmäßig ausgestaltet sein, die einzelnen Gesamthandsgebilde erhielten vielmehr ihre feste Form erst durch die für sie erlassenen konkreten Bestimmungen. Demgemäß sei es ohne gesetzliche Vorschrift völlig ungewiß, ob sich in dem in Rede stehenden Grenzfall eine Anwachsung allein aus dem Wesen der Gesamthand ableiten lasse.

Diesen Bedenken des Reichsgerichts kann jedoch nicht gefolgt werden. Es ist zwar einzuräumen, daß die einzelnen Gesamthandsgemeinschaften den jeweiligen Bedürfnissen des Rechtslebens Rechnung tragen und daher im einzelnen vielfach Unterschiedlichkeiten aufweisen. Das berechtigt aber keineswegs dazu, das Wesen der Gesamthand, d.h. das Gesamthandprinzip an sich als "unbestimmt"²³⁾ zu bezeichnen. Die Rechtsnatur des Gesamthandsverhältnisses war bei Erlaß des in Rede stehenden Urteils wohl insofern unklar, als sie zu jener Zeit Gegenstand wissenschaftlichen Meinungsstreites war, niemals aber in dem Sinn, daß es bei den einzelnen Gesamthandsgebilden an übereinstimmenden wesensmäßigen Merkmalen fehle. Gerade die gemeinsamen, derselben geschichtlichen Quelle entspringenden Grundzüge von Personalgesellschaften, Gütergemeinschaften und Erbgemeinschaft lassen es überhaupt erst gerechtfertigt

22) Siehe hierzu Schulze-Wenck bei Erman-Goerke a.a.O. zu § 736 Anm.2, der im Ergebnis zwar die Anwachsung ablehnt, aber dennoch zugesteht, daß sie auch in dem in Rede stehenden Falle "theoretisch" möglich ist.

23) Begriffe sind denknotwendig "bestimmt", d.h. abgegrenzt; vgl. hierzu beispielsweise die Ausführungen Forsthoffs in seinem Lehrbuch des Verwaltungsrechts, Bd.1, Allg. Teil, a.a.O. § 5 (S.74).

erscheinen, die genannten Rechtsinstitutionen als Gesamthandsgemeinschaften anzusprechen.

Es ist dem Gesetzgeber natürlich unbenommen, bei der Ausgestaltung der einzelnen Gesamthandsgemeinschaften selbst einzelnen sich aus dem Wesen der Gesamthand ergebenden Regelungen durch eine ausdrückliche Vorschrift die gesetzliche Anerkennung zu versagen. Auch durch derartige Bestimmungen würde aber das Gesamthandsprinzip an sich nicht geändert. Selbst in diesem Fall wäre daher das Gesamthandsprinzip als ein fester Ausgangspunkt für die vorliegende Untersuchung anzusehen. Nur wenn solche gesetzlichen Änderungen die Grundidee der Gesamthand, nämlich die Verfügung und Verwaltung des Vermögens durch alle Mitberechtigten, verletzt würden, von einer Gesamthand begrifflich nicht mehr die Rede sein könnte, wäre einer dogmatischen Untersuchung wie der vorliegenden, die von der Rechtsnatur der Gesamthand ausgeht, jede Grundlage entzogen.

Da das auch der BGB-Gesellschaft zugrunde liegende Gesamthandsprinzip nach dem Vorhergesagten jedoch bestimmt und zudem auch durch die neuere Lehre von der ungeteilten Gesamthandsberechtigung im Prinzip geklärt ist, besteht sehr wohl die Möglichkeit für eine Prüfung der Frage, ob sich die Anwachsung in dem hier zu untersuchenden Grenzfall aus dem Wesen dieses Prinzips ableiten läßt.

Zwecks Vermeidung von Mißverständnissen sei auch hier hervorgehoben, daß sich die in vorliegender Untersuchung vertretene Auffassung trotz ihrer grundsätzlichen Verschiedenartigkeit im Ergebnis aber insofern der Ansicht des Reichsgerichts nähert, als - wie eingangs ausgeführt - auch hier letztlich zweifelhaft bleibt, ob durch die im vorhergehenden Abschnitt dargestellte Konstruktion ein exakter Beweis für den Eintritt der Anwachsung bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters erbracht ist. Läßt sich doch in dem in Rede stehenden Grenzfall allein an Hand dieser Konstruktion noch nicht mit letzter Sicherheit die Möglichkeit ausschließen, daß infolge des

besonders gearteten Sachverhalts²⁴⁾ eine regelwidrige Rechtsfolge eintritt. Auch vom Boden der vorliegenden Untersuchung aus bedarf es daher zum Nachweis, daß bei Ausscheiden aus einer Zweimanngesellschaft Anwachsung stattfindet, noch einer weiteren Begründung.

C. Versuche des Schrifttums, den Eintritt der Anteilsanwachsung auf rechtsdogmatischem Wege nachzuweisen

1. Stellungnahme zu zwei diesbezüglichen Beiträgen des Reichsgerichts

In der Reichsgerichtsentscheidung vom 23.2.1907 sind derartige neue Gesichtspunkte nicht enthalten. In diesem Urteil äußert sich das Gericht nämlich zu der im vorstehenden Abschnitt wiedergegebenen Hypothese lediglich dahingehend: Es liege nahe, die vermögensrechtliche Wirkung des Ausscheidens aus einer zweigliedrigen Gesellschaft nicht als eine "Hinzuerwerbung der Mitberechtigung des Abgefundenen" aufzufassen, sondern als einen Wegfall dieser Mitberechtigung unter Zerstörung des gesamthänderischen Verbandes. Denn selbst für das gemeinrechtliche Miteigentum werde die Auffassung vertreten, daß Anwachsung eintrete, wenn der vorletzte Mitberechtigte unter bestimmten Voraussetzungen weg falle. Die Gesamthandsberechtigung trage aber eine verhältnismäßig weitaus stärkere Tendenz zur inneren Ausgestaltung der Gemeinschaftsanteile in sich. Diese hohe Fähigkeit der Gesamthandsberechtigung, sich "aus sich selbst heraus" zu ergänzen, erkläre sich daraus, daß der einzelne Gesamthänder im Prinzip stets "auf das Ganze" berechtigt sei. - Obgleich

24) d.h. der Beendigung des Sondervermögens; vgl. dazu Larenz a.a.O. § 56 Anm.1: Es handelt sich hier nicht nur um eine Änderung der Zuständigkeitsverteilung innerhalb der fortbestehenden Gesamthandsgemeinschaft, sondern um die Umwandlung von Gesamthandseigentum in Alleineigentum.

gerade dieser letzten Äußerung des Gerichts grundsätzlich beizupflichten ist, kann in ihr noch kein vollgültiger Beweis für den Eintritt der Anwachsung gesehen werden. Die Ausführungen beruhen letztlich allein auf den Begriff der Gesamthandsberechtigung, auf den sich auch die in Rede stehende Hypothese stützt. Ein Beweis kann aber nicht mit Argumenten geführt werden, die sich von den Überlegungen, auf die die Hypothese aufbaut, nicht grundsätzlich unterscheiden.

Zur Stützung der dargestellten Hypothese bezieht sich der erkennende Senat ferner auf ein von ihm erlassenes Urteil vom 6. Oktober 1886²⁵⁾. In dieser Entscheidung äußert sich das Gericht dahingehend, daß bei den Personalgesellschaften des Handelsrechts für die rechtsgeschäftliche Behandlung, welche man dem Gesellschaftsanteil zuteil werden lasse, nur die äußere Gestalt entscheiden könne, in welcher er im Gesetz auftrete. Diese sei aber die eines Forderungsrechts zwischen dem Gesellschafter und dem Gesellschaftsfonds. Der Gesellschafter trete seinen Vermögensanteil gem. § 98 II ADHGB ab, womit das Anteilsverhältnis des abgehenden Gesellschafters beendet werde. Rechtsgeschäftlich müsse man diesen Akt als einen Verzicht auf das die verbleibenden Gesellschafter einschränkende aktuelle Recht auffassen, bzw. als einen Verlust dieses Rechts. Entsprechend diesem Wegfall erweiterten sich die Rechte der Zurückbleibenden.

In diesen Ausführungen des Senats ist eine stichhaltige Begründung der von ihm vertretenen Ansicht nicht zu sehen. Weder wird hier geklärt, worin der wirkende Grund der Anwachsung besteht, noch dargelegt, ob das Gericht auch in dem speziellen, hier zu untersuchenden Grenzfall eine Anwachsung überhaupt für möglich hält. Da die Darlegungen zudem von der unrichtigen dogmatischen Grundlage ausgehen, daß die Mitberechtigung des einzelnen

25) vgl. Bolze, Die Praxis des RG in Civilsachen, Bd.3 S.234 Nr.781.

Gesamthänders an der Gesellschaft als ein Forderungsrecht gegen den Gesellschaftsfonds aufzufassen sei, kann ihnen ein Beweiswert nicht beigemessen werden.

2. Das Verhältnis der Anteilsanwachsung zum Grundsatz der sog. Elastizität des Eigentums

Die Ausführungen des Reichsgerichts in dem in Rede stehenden Urteil vom 23.2.1907 geben letztlich zu folgender Überlegung Anlaß: Der Hinweis, daß die Anwachsung bei dem gemeinrechtlichen Miteigentum ebenso stattfindet wie bei dem deutschrechtlichen²⁶⁾, läßt die Vermutung naheliegend erscheinen, daß es sich bei der Anwachsung um ein Rechtsinstitut handelt, das sich aus dem Wesen des Eigentums schlechthin ergibt.

Zur Stützung dieser Ansicht könnte geltend gemacht werden, daß das Eigentum begrifflich ein Recht ist, das, so sehr es auch rechtlicher Beschränkungen fähig ist, so doch niemals durch seinen jeweiligen eigenen Inhalt beschränkt wird. Das Eigentum stellt sich bekanntlich, sobald rechtliche Schranken, die durch Rechte anderer oder durch öffentlich-rechtliche Normen bedingt sind, wegfallen, stets von selbst wieder als umfassende Herrschaft her²⁷⁾.

Dieser Grundsatz der Elastizität des Eigentums gilt zwar nicht uneingeschränkt. Er hat im Grundbuchrecht eine Durchbrechung erfahren: Da die Grundpfandrechte eine äußerlich erkennbare und vom Eigentum abgesetzte Gestalt erhalten haben, erlaubt hier die Vorstellung, daß es sich bei diesen beschränkt dinglichen Rechten um eine neben dem Vollrechte stehende verselbständigte Zuordnungsform

26) RGZ a.a.O. S.235.

27) vgl. hierzu Sohm, Institutionen des röm. Rechts a.a.O. § 61 I, sowie Wieland, ErbR u. AkkrR a.a.O. S.133 (unten) f.

handelt, auch die Aufrechterhaltung des Teilrechts in der Hand des Eigentümers. Die Entwicklung einzelner Rechte an eigenen Sachen ist aber anerkanntermaßen das "schwer erkämpfte" Ergebnis des Obsiegs starker wirtschaftlicher Interessen über konstruktive Grundsätze²⁸⁾. Gerade dieses lange und zähe Ringen um die Schaffung dieser Eigenrechte zeigt, daß die Elastizität nach wie vor eine der charakteristischen Eigenschaften des Eigentums darstellt. Es liegt daher die Annahme nahe, daß diese Elastizität generell wirksam wird, d.h. nicht nur in den Fällen, in denen beschränkt dingliche Rechte wegfallen, sondern auch dann, wenn es sich bei dem einschränkenden Recht um gesamthänderisch gebundenes Miteigentum handelt.

Wenn eine derartige Argumentation auch auf den ersten Blick einleuchtend erscheint, so hält sie einer näheren Betrachtung jedoch nicht stand. Sie verkennet, daß das Gesamthandseigentum - wenn auch wohl das wichtigste - so doch nicht das einzige gesamthänderisch gebundene Recht darstellt. Die vorstehende Hypothese vermag aber nicht zu erklären, aus welchem Grunde sich die Anwachsung bei den übrigen Rechten, also z.B. beim Pfandrecht oder Nießbrauch vollzieht. Die Annahme, daß sich die Anwachsung in diesen Fällen in Analogie zu dem beim Eigentum stattfindenden Vorgange eintrete, dürfte indes zu weit führen. Die Voraussetzung, an die die Anwachsung nach dieser Hypothese anknüpft, nämlich das Vorhandensein eines Vollrechts, liegt in den erwähnten Fällen gerade nicht vor.

3. Stellungnahme zu den die Rechtsprechung des Pr.OVG berücksichtigenden Ausführungen Dorsts²⁹⁾

Wesentlich entschiedener als das ehemalige Reichsgericht hat Dorst in seiner ausführlichen Abhandlung zu der hier zu untersuchenden Streitfrage Stellung genommen: Die vom Reichsgericht lediglich hypothetisch entwickelte Kon-

28) vgl. zum Ganzen Westermann a.a.O. § 3 I (S.13 f).

29) in: Zeitschrift für das Notariat, 52. Jahrg., Köln 1907, S.272-279 (Nr.11).

struktion des vermögensrechtlichen Vorgangs hält er für eine zwangsläufige und notwendige Folgerung aus dem Wesen der Gesamthandsberechtigung. Zur Begründung seiner Ansicht bezieht sich Dorst außer auf die erwähnte Reichsgerichtsentcheidung vom 23.2.1907 auch auf ein Erkenntnis des früheren Pr.OVG vom 10.2.1897³⁰⁾.

Die Ausführungen dieses Gerichts vermögen jedoch nicht zu überzeugen. Sie fußen nämlich, wie das Gericht eingangs selbst ausdrücklich feststellt, auf der in RGZ Bd.25/227 ff ausgesprochenen, heute überholten Ansicht des Reichsgerichts, daß die Gesellschaft als solche Rechtsträger des Gesellschaftsvermögens sei und den einzelnen Gesellschaftern nur "gesellschaftliche" Rechte zuständen, nämlich ein zeitlich wechselnder und erst bei seinem Austritt effektiv zu bestimmender Anspruch auf einen Wert- oder Summenbetrag. In dieser Entscheidung wird zudem die Rechtsfolge des Ausscheidens aus einer Zweimanngesellschaft nicht selbständig untersucht, sondern es werden zunächst lediglich die ohne sachliche Begründung vorgebrachten, eine Anwachsung bejahenden Ausführungen des letztgenannten Reichsgerichtsurteils vollinhaltlich übernommen³¹⁾. Erst bei Behandlung der im Mittelpunkt des Urteils stehenden Frage, ob durch das Ausscheiden eine Umsatzsteuerschuld begründet wird, bemüht sich das Gericht sodann um eine rechtsdogmatische Klärung des sich mit Anwachsung vollziehenden vermögensrechtlichen Vorganges. Das Oberverwaltungsgericht gelangt hierbei zu einer Konstruktion, die der vom Reichsgericht mit Urteil vom 23.2.1907 entwickelten Hypothese nahe kommt. Das Gericht führt aus, daß auch bei der Zweimanngesellschaft der verbleibende Gesellschafter schon vor dem Abgang seines alleinigen Mitgesellschafters einer der Träger des - der Gesamtheit der Sozien zustehenden - Eigentums an

30) vgl. Entscheidung d. Pr.OVG Bd.31 S.43 ff.

31) vgl. hierzu die Besprechung des genannten RG-Urteils oben S.46.

dem Vermögen und den dazu gehörenden einzelnen Stücken sei und nur durch das qualitativ gleiche gesellschaftliche Recht seines Mitträgers, des zweiten Sozios, beschränkt werde. Durch dessen "Verzicht" auf dieses konkurrierende Recht werde der verbleibende Gesellschafter zum alleinigen Träger des Gesellschaftsvermögens, d.h. zum Alleineigentümer. - Die Richtigkeit dieser Konstruktion, derzufolge sich die in der Person des letzten Gesellschafters vereinigenden "gesellschaftlichen" Rechte beider Mitgesellschafter in Eigentum an jenen Sachen umsetzen, bleibt aber auch in diesem Urteil letztlich unbewiesen. Mit dieser Theorie setzt sich das OVG darüber hinaus auch zu der von ihm eingangs vertretenen Rechtsauffassung insofern in einen Widerspruch, als es an dieser Stelle nunmehr die Gesellschafter selbst als Mitträger des Gesellschaftsvermögens ansieht.

4. Stellungnahme zu zwei rechtsdogmatischen Abhandlungen Wielands

Für den Eintritt der Anwachsung in dem zu untersuchenden Grenzfall hat sich auch Wieland, und zwar mit verschiedenartiger Begründung ausgesprochen. Ausgangspunkt seiner sich speziell auf die BGB-Gesellschaft beziehenden Überlegungen³²⁾ ist die Feststellung, daß der erste Zivilsenat des Reichsgerichts bereits mit Urteil vom 23.2.1907 zutreffend betont habe, daß die Anwachsung ihre Rechtfertigung nicht den besonderen gesetzlichen Veranlassungsgründen entnehme, sondern allein dem ihnen sämtlich gemeinsamen Umstand, daß ohne Liquidation eine "Übernahme" mit Aktiven und Passiven statfinde. Erläuternd fügt er hinzu, daß die Anwachsung also nicht vom Bestehen oder Nichtbestehen eines Rechtes auf Ausschluß der Liquidation abhängig sei.

Im Ergebnis ist dieser Erörterung Wielands durchaus zuzustimmen. Als vollwertiger Beweis für die von ihm be-

32) Wieland, Komm. zum HGB Bd.2 a.a.O. § 56 II 4 Anm.17 (S.653).

hauptete Rechtsfolge des Ausscheidens des vorletzten BGB-Gesellschafters kann sie jedoch nicht gewertet werden. Den von Wieland zitierten Ausführungen des Reichsgerichts kommt nämlich in Wahrheit nicht die umfassende Bedeutung zu, die Wieland ihnen beimißt. Er übersieht nämlich, daß das Reichsgericht nicht von einer Vermögensübernahme schlechthin spricht, sondern von einer "Übernahme des Geschäfts", d.h. des Handelsunternehmens. Die Darlegungen des Reichsgerichts beziehen sich daher - wie im übrigen auch eindeutig an anderen Stellen der zitierten Entscheidung erkennbar wird³³⁾ - lediglich auf das Ausscheiden des vorletzten Mitglieds einer Personalgesellschaft des Handelsrechts. Hier ist allerdings das Reichsgericht, und zwar in Übereinstimmung mit der allgemeinen Meinung, der Ansicht, daß die in § 142 HGB nicht ausdrücklich erwähnten Fälle der Geschäftsübernahme, d.h. also insbesondere die vertragliche Übernahme, mit den in der zitierten Vorschrift aufgezählten Sachlagen gleich zu behandeln seien. In diesem Zusammenhang fällt sodann auch die von Wieland angeführte Bemerkung: Das Gericht gibt zu bedenken, daß § 142 Abs.3 HGB seinen sachlichen Grund offenbar nicht darin habe, daß ein Gerichtsurteil vorausgehe oder daß ein Privatgläubiger eines Gesellschafters kündige oder dieser in Konkurs gerate, sondern darin, daß eben das Handelsgeschäft mit Aktiven und Passiven ohne Liquidation übernommen werde. Damit ist aber noch keineswegs dargetan, daß auch bei der BGB-Gesellschaft, bei der es an einer dem § 142 HGB entsprechenden Bestimmung fehlt, nach dem Willen des Gesetzes eine Anwachsung eintreten soll. Die Erörterungen Wielands gehen vielmehr gerade an dem Bedenken vorbei, daß im modernen Schrifttum stärkste Beachtung gefunden hat: daß nämlich der Zweck des § 142 HGB in dem Schutz des Handelsunternehmens, des "Geschäfts", zu sehen sei, bei der BGB-Gesellschaft jedoch nur die Gesellschaft als solche ge-

33) vgl. RG a.a.O. S.238 letzter Absatz, S.239 erster Absatz.

schützt werde³⁴⁾.

An anderer Stelle, in seinem Aufsatz "Erbrecht und Akkreszenzrecht"³⁵⁾ geht Wieland zur Klärung von Wesen und Anwendungsbereich der Akkreszenz näher auf das Verhältnis von Anwachsung und Gesamthandsberechtigung ein. Seine Darstellung knüpft zwar an einen praktischen Fall aus dem Recht des Schweizer Kantons Freiburg an. Soweit die Ausführungen rechtshistorischer Natur sind und auf die deutschrechtliche Familiengemeinschaft zurückgehen, die die gemeinsame geschichtliche Wurzel sowohl der deutschen Gesamthandsgemeinschaften als auch der Gemeinderschaften des schweizerischen und namentlich des freiburgischen Rechts³⁶⁾ darstellt, sind sie auch für die vorliegende Untersuchung von Interesse. Im Mittelpunkt der Abhandlung Wielands steht die Erörterung der im Gefolge des Erbrechts auftretenden Anwachsung. Wieland sieht in der erbrechtlichen Akkreszenz den rechtstechnischen Ausdruck des bereits das ältere deutsche Recht beherrschenden Gedankens, daß das vom Vater ererbte und in ungeteiltem Besitz der Kinder verbleibende Gut gebundenes Familienvermögen ist und mangels Nachkommen den Geschwistern unter völliger Fernhaltung der übrigen Erben zustehen soll. Von dieser Warte gesehen, ist es für ihn eine Selbstverständlichkeit, daß bei dem Tode eines von zwei Gemeindern Anwachsung eintritt: Nach dem im deutschen Recht von jeher ebenso starr wie stark ausgeprägten Verfangenschaftsprinzip ist der nach dem Wegfall des vorletzten Mitberechtigten verbleibende Berechtigte allein zur Übernahme des Familienguts berufen.

34) vgl. oben Kap. II Anm. 32.

35) in Festschrift für G.Cohn a.a.O. S.129 ff.

36) Bezüglich des freiburgischen Rechts vgl. hierzu G.Cohn, Gemeinderschaften und Hausgenossenschaft in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften 13, § 3.

In seinem Bemühen um eine Abgrenzung von Erbrecht und Akkreszenzrecht kommt Wieland sodann zu der doppelten Feststellung,

1. daß Akkreszenzrecht und Erbrecht, wie zuvor schon von Gierke³⁷⁾ erkannt worden war, mit aller Schärfe zu unterscheiden sind und das Akkreszenzrecht sich mithin auch nicht aus dem Erbrecht ableitet,
2. daß die Anwachsung vielmehr in vollem Umfang, d.h. namentlich auch im Fall des Abgangs des vorletzten Mitberechtigten, der Ausfluß eines "der Gesamthand immanenten Grundprinzips" ist. Das gemeinderschaftliche Gesamteigentum habe, so führt er aus, von Haus aus die Fähigkeit, sich zu ausschließlichem Eigentum am Ganzen auszuweiten.

Zur Stützung seiner Ansicht weist Wieland darauf hin, daß die Akkreszenz nicht nur im Erbrecht zu Hause sei; sie habe vielmehr ein Seitenstück in dem Ausscheiden der Handelsgesellschafter, wozu auch - wie das Deutsche Reichsgericht in der bekannten Entscheidung vom 23.2.1907 eindeutig klargestellt habe - die Geschäftsübernahme durch einen einzelnen Gesellschafter zähle.

Ogleich die Überlegungen Wielands insofern einen Großteil ihrer Überzeugungskraft einbüßen, als sie sich letztlich auf die lediglich hypothetischen Ausführungen des erwähnten Reichsgerichtsurteils stützen, so sind seine rechtsvergleichenden und rechtsgeschichtlichen Erörterungen aber doch als richtungsweisend anzuerkennen. Der von ihm eingeschlagene Weg soll daher auch in der vorliegenden Arbeit systematisch beschritten werden.

5. Zusammenfassende Kritik am Schrifttum

Sämtlichen vorstehend angeführten Untersuchungen ist eine Eigentümlichkeit gemeinsam: Sie alle bezeichnen mit dem

37) Deutsches Genossenschaftsrecht II 950 ff; Deutsches Privatrecht I S.680; Die Genossenschaftstheorie und die Deutsche Rechtsprechung S.348 Anm.1.

Begriff der Gesamthandsberechtigung nur ein Recht von ausschließlich vermögensrechtlichem Gehalt, nämlich die unmittelbare Mitberechtigung an den einzelnen zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen. So werden namentlich in der Reichsgerichtsentscheidung vom 23.2.1907 und bei Wieland a.a.O. die Begriffe Gesamthandsberechtigung und Gesamthandseigentum wenn auch nicht synonym, so aber doch als gleichartig im Sinne einer rein vermögensrechtlichen Mitberechtigung verwandt. Eine derartige Verwendung des Begriffs ist nicht zu beanstanden, solange man sich bewußt bleibt, daß der Begriff der Gesamthandsberechtigung doppeldeutig ist, daß er nämlich außerdem auch die gesamte Rechtsstellung des Gesamthänders in der Gesamthand umreißt. Die eigenartige Fassung des Begriffs im angeführten Schrifttum beweist aber, daß sich die Anwachsung nach dieser Ansicht allein aus dem Wesen der vermögensrechtlichen Mitberechtigung an den einzelnen zum Sondervermögen gehörenden Gegenständen herleitet. Dementsprechend beschränken sich auch die angeführten Abhandlungen und Urteile allein auf die Klärung der sich mit Eintritt der Anwachsung vollziehenden **v e r m ö - g e n s r e c h t l i c h e n** Veränderung.

Eine Beschränkung der Untersuchung auf diese vermögensrechtlichen Vorgänge ist m.E. aber wenig sinnvoll. Die Mitberechtigung an den einzelnen Bestandteilen des Gesellschaftsvermögens ist lediglich **T e i l** und Ausfluß des "Anteils an dem Gesellschaftsvermögen" im Sinne des § 719 I BGB³⁸⁾ und damit, wie sogleich näher anzuführen sein wird, der Gesamthandsberechtigung im eigentlichen und weiteren Sinne. Es erscheint daher gerechtfertigt, nicht den ersterwähnten Teilbegriff, sondern den letztgenannten umfassenderen Begriff der Gesamthandsberechtigung zum Ausgangspunkt der Untersuchung zu machen. Dazu bedarf es eines kurzen Eingehens auf die Rechtsnatur dieser Berechtigung.

38) So namentlich Geiler bei Staudinger a.a.O. Vorbem. 47 zu § 705 mit Hinweis auf RGZ 57/415; Sohm, Institutionen a.a.O. S.68 und Würdinger a.a.O. S.61.

Die Gesamthand beruht, wie namentlich Staudinger-Geiler in Übereinstimmung mit der herrschenden Lehre³⁹⁾ ausführt, auf einer mitgliedsmäßigen und damit p e r s o n e n r e c h t l i c h e n Verbundenheit der Gesellschafter. Die einzelnen Mitglieder werden, wenn auch nicht zu einer Personeneinheit mit eigener Rechtspersönlichkeit, so aber doch zu einer so starken Gemeinschaftsorganisation zusammengefaßt, daß innerhalb dieser Gemeinschaftssphäre nicht der Wille einzelner Mitglieder, sondern nur der Gesamtwille aller herrscht. Diese personenrechtliche Verbundenheit hat aber auch und gerade vermögensrechtliche Auswirkungen: Das von den Gemeinschaftern gebildete gemeinsame Vermögen ist Teil und Ausfluß dieses personenrechtlichen Verhältnisses.

Die Gesamthandsberechtigung im eigentlichen und weiteren Sinne läßt sich dementsprechend auch nur als ein Mitgliedschaftsrecht begreifen, das aber - und insofern unterscheidet sich die hier vertretene Auffassung von der Theorie der Anteile kraft Personenrechts - zugleich auch eine unmittelbare Beziehung des Gesamthänders zum Sondervermögen schafft.

Die Mitberechtigung des einzelnen Gemeiners am Gesamtvermögen und damit zugleich an den einzelnen zum Sondervermögen gehörenden Bestandteilen kann somit auch nur als Ausfluß und vermögensrechtliche Widerspiegelung seiner Mitgliedschaft verstanden werden. Mitgliedschaft und Mitberechtigung sind, wie Sohm⁴⁰⁾ nachdrücklichst betont, untrennbar miteinander verbunden und haben daher auch das gleiche rechtliche Schicksal. - Die Erkenntnis dieses engen und notwendigen Zusammenhanges von Mitgliedschaft und vermögensrechtlicher Mitberechtigung eröffnet zwei grundsätzlich verschiedene Wege, auf denen die systematische Untersuchung der vermögensrechtlichen Wirkung

39) vgl. Gierke, Genossenschaftstheorie S.39 ff; Deutsches Privatrecht I 663 ff; Würdinger a.a.O. S.58.

40) Sohm, Der Gegenstand, a.a.O. S.60 ff.

des Ausscheidens aus einer zweigliedrigen Gesellschaft durchgeführt werden kann. Das sei in den nachfolgenden Abschnitten dargestellt.

D. Die personenrechtliche Wirkung eines auf Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesellschaft gerichteten Vertrages

1. Konkretisierung der Fragestellung

Die eine der in vorstehendem Abschnitt erörterten zwei Möglichkeiten, den in Rede stehenden Grenzfall rechtsdogmatisch zu klären, besteht in der Prüfung der Frage, welche personenrechtliche Wirkung der zwischen BGB-Gesellschaftern getroffenen, auf Ausscheiden des vorletzten Mitglieds gerichteten Vereinbarung zukommt. Ein derartiger Vertrag könnte eine unmittelbare Lösung der Mitgliedschaft, d.h. ein Ausscheiden im rechtstechnischen Wortsinn bewirken. Es wäre aber auch denkbar, daß dieser Vertrag primär zur Auflösung der Gesamthand führt. In diesem Fall würde die Mitgliedschaft - da die Auflösung der Gesellschaft ihre Rechtsnatur nicht grundlegend ändert - erst im Zeitpunkt der endgültigen Beendigung der Zweimanngesellschaft, d.h. bei Veräußerung des letzten gemeinschaftlichen Gegenstandes an den Übernehmer, erlöschen.

Bestände die unmittelbare Folge des Ausscheidungsvertrages in dem Erlöschen der Mitgliedschaft, so müßte hieraus angesichts der engen Verbindung von Mitgliedschaft und vermögensrechtlicher Mitberechtigung gefolgert werden, daß auf Seiten des Ausscheidenden zugleich mit der Mitgliedschaft zwangsläufig auch seine vermögensrechtliche Mitberechtigung erlöschen würde. Auf Seiten des Verbleibenden würde sich hingegen ein gegenläufiger Vorgang vollziehen: Der "Gesamtwille"⁴¹⁾, dem das Vermögen bislang

41) im Sinne Geilers bei Staudinger a.a.O. Vorbem. 41,1 zu § 705.

unterworfen war, würde durch den Einzelwillen des Alleinverbleibenden ersetzt werden; der Verbleibende würde somit in die Rechtsstellung der durch den Abgang zerstörten Gesamthand eintreten. Da auch hier Mitgliedschaft und vermögensrechtliche Mitberechtigung das gleiche rechtliche Schicksal haben, würde sich mit diesem Vorgang insbesondere zugleich auch ein Erstarken der bisherigen gesamthänderisch gebundenen Berechtigung zu Alleinrecht vollziehen.

Im Nachfolgenden sei untersucht, ob gewichtige Gründe zu der Annahme zwingen, daß bei Ausscheiden aus einer zweigliedrigen BGB-Gesellschaft eine derartige unmittelbare und vollständige Beendigung der Mitgliedschaft eintritt.

2. Deutung des Wortsinns des Begriffs "Ausscheiden"

Der im Schrifttum wiederholt vertretenen Ansicht⁴²⁾, daß ein Ausscheiden im eigentlichen Sinne nur erfolgen könne, wenn die Gesellschaft im übrigen fortbestehe, ist entgegenzuhalten, daß der Wortsinn des Begriffs nicht für eine solche inhaerente Begrenzung spricht. Der Sinngehalt des Wortes bezieht sich allein auf den Abgang, d.h. auf das rechtliche Schicksal der Mitgliedschaft, nicht hingegen auf das der Gesamthand. Es kann ihm daher auch kein Anhaltspunkt dafür entnommen werden, daß der Begriff die Aufrechterhaltung der Gesamthand voraussetzt. Der Wortsinn des Begriffs Ausscheiden muß mithin insofern vielmehr als neutral bezeichnet werden.

3. Rechtsvergleichende Untersuchung zur personenrechtlichen Wirkung des Ausscheidungsvertrages

- a) Erbrecht, b) Familienrecht, c) älteres deutsches Gemeinschaftsrecht, d) geltendes Gesellschaftsrecht -

a) Erbrecht

Daß auch bei zweigliedrigen Gesamthandsgemeinschaften ein

42) vgl. oben Kap. II Anm. 1) und 2).

Ausscheiden im rechtstechnischen Sinne grundsätzlich möglich ist, wird bei der Erbengemeinschaft deutlich. Es ist zwar im Erbrecht und namentlich in den §§ 1935, 2094 BGB nicht vom Ausscheiden, sondern stets nur vom "Wegfall" eines Mitberechtigten die Rede. Dieser Begriff ist aber mit dem Ausscheiden synonym. Zudem besitzt er den Vorzug, daß er bereits durch seinen Wortlaut mit größtmöglicher Klarheit seinen Sinngehalt zum Ausdruck bringt: nämlich das unmittelbare Erlöschen der Mitgliedschaft, d.h. ein Rechtsverlust, bei dem weder eine Universal- noch eine Singularnachfolge stattfindet. Betont sei in diesem Zusammenhang, daß auch nach dem Wortlaut der §§ 1935, 2094 BGB eine Anwachsung nur bei "den übrigen Erben" stattfindet, d.h. wenn eine Mehrheit von Erben verbleibt. Trotzdem besteht aber in Lehre und Rechtsprechung mit Recht völlige Übereinstimmung darüber, daß die zitierten Bestimmungen auch auf den alleinverbleibenden Erben Anwendung finden. Hier im Erbrecht wird also der enge Wortlaut, der im Gesellschaftsrecht zum Ausgangspunkt heftigen Meinungsstreits geworden ist, einmütig als erweiterungsbedürftig angesehen.

Besonderer Hervorhebung bedarf die Feststellung, daß dieses Rechtsinstitut des Wegfalls (Ausscheidens) des vorletzten Miterben nicht einer fremden Rechtsquelle entstammt und daher nicht etwa schon aus diesem Grund als eine auf das Erbrecht beschränkte Ausnahmeregelung anzusehen ist. Dem römischen Recht, das dem geltenden deutschen Erbrecht bekanntlich in mancher Hinsicht zum Vorbild gedient hat, war zwar auch ein unmittelbarer Wegfall des vorletzten Miterben bekannt. Die Regelung des BGB ist aber als eigenständig anzusehen. Ihre Wurzeln sind bekanntlich⁴³⁾ im älteren deutschen Erbrecht zu suchen.

43) vgl. Hübner a.a.O. S.674 und Wieland, ErbR u. AkkR a.a.O. S.133 f.

b) Familienrecht

Ein Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesamthandsgemeinschaft, d.h. ein unmittelbares Erlöschen der Mitgliedschaft, ist nicht nur dem Erbrecht bekannt. Im Familienrecht findet sich eine parallele Erscheinung. Sowohl nach altem wie auch nach neuem, durch Gesetz vom 18.6.1957⁴⁴⁾ eingeführten Ehegüterrecht kann die eheliche Gütergemeinschaft nach dem Tod eines der Ehegatten zwischen dem Überlebenden und den gemeinschaftlichen Abkömmlingen fortgesetzt werden, § 1482 BGB a. und n. Fassung. Ist außer dem Überlebenden nur noch ein einzelner Abkömmling vorhanden und stirbt auch dieser ohne Hinterlassung von anteilsberechtigten Abkömmlingen, so wächst der Anteil des Verstorbenen gem. § 1490 Satz 3 BGB dem überlebenden Ehegatten an. Auch diese Bestimmung, die an sich nur die vermögensrechtlichen Verhältnisse regelt, zeigt aber zugleich, daß im Fall des Todes des Abkömmlings seine Mitgliedschaft erlischt: Das bedeutet also insbesondere, daß sein Gesamtrechtsnachfolger in diesem Fall nicht in seine Stellung eintritt.

c) Älteres deutsches Gemeinschaftsrecht

Das in Rede stehende Rechtsinstitut des Ausscheidens aus einer zweigliedrigen Gesamthand ist aber selbst dem Gesellschaftsrecht nicht fremd. Das beweist zunächst ein Blick in seine Geschichte. Der Vorläufer der heutigen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ist bekanntlich die Gemeinderschaft des germanischen und älteren deutschen Rechts, die sich bis in eine Zeit zurückverfolgen läßt, in der die Vermögenswerte der Familie, dem "Haus", zugeordnet waren und in der sich daher ein Erbrecht noch nicht hatte herausbilden können. In dieser Frühzeit war - wie Wieland⁴⁵⁾ an Hand des den ursprünglichen Rechtszustand fast unberührt bis in die Neuzeit bewahrenden schweize-

44) vgl. Gesetz über die Gleichberechtigung von Mann und Frau auf dem Gebiete des bürgerlichen Rechts.

45) vgl. ErbR u. AkkrR a.a.O. S.134 oben.

rischen Rechts gezeigt hat - auch eine Anwachsung und damit auch ein Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gemeinderschaft im rechtstechnischen Sinne möglich.

Der Zweck dieses alten deutschen Rechtsinstituts kann nur darin bestehen, durch eine rasche und reibungslose Abwicklung der personenrechtlichen Beziehung⁴⁶⁾, nämlich durch das unmittelbare Erlöschen der Mitgliedschaft, zur Erhaltung des Familienvermögens oder, allgemein, der Vermögenszusammenfassung und seines Organisationswertes beizutragen. Es handelt sich hier um eine Rechtseinrichtung, die in schärfstem Gegensatz zur Gemeinschaftsauflösung und der hierdurch ausgelösten Vermögensverteilung steht, die auf staatspolitischem Gebiet zu schweren politischen Schäden und auch in der Privatrechtssphäre zu großen Gefahren geführt hat⁴⁷⁾. - Wenn nicht geschichtlich nachgewiesen wäre, daß das Institut des Ausscheidens auch bei der zweigliedrigen Gemeinderschaft Anwendung gefunden hat, so zwänge doch schon der mit ihm verfolgte Zweck zu der Annahme, daß es auch in dem in Rede stehenden Fall Geltung beansprucht.

d) Geltendes Gesellschaftsrecht

Die gleiche Rechtslage wie bei der Gemeinderschaft des deutschen Rechts findet sich heute auch bei den Personalgesellschaften des Handelsrechts. Mit der Einführung des § 142 HGB ist klargestellt, was unter dem Ausscheiden des vorletzten OHG-isten und des letzten Kommanditisten zu verstehen ist: nämlich das unmittelbare Erlöschen ihrer Mitgliedschaft bei der Handelsgesellschaft. In der Denkschrift zum Entwurf eines HGB's⁴⁸⁾ wird zur Begründung des

46) vgl. hierzu die entsprechende, das geltende Recht betreffende Bemerkung Leonhards, oben Kap. II Anm. 43.

47) So Hübner a.a.O. § 105 (S. 687) unter Hinweis auf Freidanks Bescheidenheit, wo es heißt: "Breitiu eigen werdent smal, So man si teilet mit der zal".

48) in: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, a.a.O. 6. Bd., Materialien zum HGB.

§ 140 (des späteren § 142 des Gesetzes) ausgeführt, daß diese Norm bestimmt sei, eine Lücke des geltenden Rechts auszufüllen, die sich in der Praxis vielfach bemerkbar gemacht habe, d.h. daß es sich hier um eine dem modernen Wirtschaftsleben gerecht werdende Ausnahmeerscheinung handele. Hierzu ist festzustellen, daß dieses "praktische" Bedürfnis, das unter der Herrschaft des ADHGB so unübersehbar geworden war, ja genau das gleiche ist, das - in jahrhundertlangem Prozeß - zur Herausbildung des allgemeinen Rechtsinstituts des Ausscheidens geführt hat⁴⁹⁾. § 142 HGB kann unter diesem Blickwinkel, wie noch an anderer Stelle gesondert darzustellen sein wird⁵⁰⁾, nicht länger als Ausnahmeregelung aufgefaßt werden, sondern nur als der Ausdruck eines allgemein gültigen Prinzips.

4. Folgerungen aus dem Rechtsvergleich

Aus den vorstehenden Erörterungen ist die Schlußfolgerung zu ziehen, daß es sich bei dem Ausscheiden um ein allgemeines Rechtsinstitut handelt, und zwar um ein allgemeines in doppelter Hinsicht. Einmal ist die Rechtseinrichtung insofern eine allgemeine, als sie in den angeführten Rechtsgebieten auch in den Grenzfällen, d.h. bei den zweigliedrigen Gemeinschaften gilt; zum anderen auch insofern, als das Institut - wie ausgeführt - bei sämtlichen dargestellten Gesamthandsgebilden einheitlich ausgestaltet ist.

Die Feststellung der Existenz eines derartigen allgemeinen Rechtsinstituts des Ausscheidens drängt zu der Annahme, daß es - und zwar im selben Umfang wie in den vorerwähnten Rechtsgebieten - auch bei der Gesellschaft des

49) vgl. hierzu die ausführliche Darstellung der Interessenlage oben Kap. III.

50) siehe unten Kap. VI.

bürgerlichen Rechts gilt. Sowohl nach der älteren subjektiven⁵¹⁾ als auch nach der objektiven, namentlich von Wach⁵²⁾ und Binding⁵³⁾ vertretenen Theorie über die Sinninterpretation⁵⁴⁾ von Gesetzen ist davon auszugehen, daß das Gesetz einem Begriff, den es sowohl im bürgerlichen Recht als auch im Recht der Handelsgesellschaften mehrfach einheitlich verwendet, nicht bei der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts stillschweigend eine andere Bedeutung geben kann. Eine Beschränkung des Anwendungsbereichs auf die mehrgliedrige Gesellschaft des bürgerlichen Rechts käme aber, solange sie nicht vom Gesetz positiv ausgesprochen und damit als eine Ausnahmeregelung hingestellt wird, einer Veränderung des Zwecks und damit des Begriffs des Ausscheidens gleich: Der Zweck des Instituts läge in diesem Fall letztlich nicht mehr darin, der Erhaltung der Vermögenszusammenfassung und ihres Organisationswertes zu dienen, sondern wäre ausschließlich in der Erhaltung der Gesamthandsgemeinschaft als solcher zu sehen. Dementsprechend würde der Begriff des Ausscheidens auch den Fortbestand der Gesellschaft erfordern, eine Voraussetzung, die nach anderer, auch in vorliegender Untersuchung vertretenen Lehre aber irrelevant ist.

5. Auslegung der §§ 736, 737 BGB

Die vorstehende Argumentation ist jedoch nicht ganz frei von Bedenken: Auch gegen sie könnte sich nämlich der im Schrifttum in ähnlichem Zusammenhang⁵⁵⁾ bereits häufig erhobene Einwand richten, daß sich die in Rede stehende

51) vgl. hierzu die eingehenden Darlegungen bei Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 54 II.

52) Handbuch des Civilprozeßrechts a.a.O. § 20 II.

53) Handbuch des Strafrechts a.a.O. § 5 II u. § 6 IV.

54) siehe Enneccerus-Nipperdey a.a.O. § 54 I.

55) vgl. Palandt-Gramm a.a.O. zu § 736 A 1, ebenso Seuff. Arch. Bd. 60/97 ff (S.98).

Beschränkung des Anwendungsbereichs des Instituts ja positiv aus den §§ 736, 737 BGB ergebe.

Die Behandlung dieses Bedenkens erfordert ein Eingehen auf die Entstehungsgeschichte dieser Vorschriften. Die §§ 736, 737 BGB waren bereits Bestandteile des 1. Entwurfs zum BGB. Dieser Entwurf wollte die Gesellschaft des bürgerlichen Rechts nach römisch-rechtlichen Grundsätzen ausrichten. So heißt es beispielsweise in den Motiven⁵⁶⁾, daß dem B. I die g e m e i n r e c h t l i c h e Auffassung vom Begriff und Wesen der Sozietät zugrunde liege, wie auch die einzelnen durch den Gesellschaftsvertrag entstehenden Rechtsverhältnisse und Rechtsbeziehungen im wesentlichen im Anschluß an gemeinrechtliche Grundsätze normiert seien. Die Gesellschaft des römischen und des gemeinen deutschen Rechts waren aber als reine Kontratsverhältnisse ausgestaltet, die lediglich schuldrechtliche Wirkung hervorriefen. Hier galt der Satz: Neue Socii - neue Societas⁵⁷⁾. Jede Änderung des Personenbestandes bedeutete mithin das Ende der bestehenden und die Begründung einer formellen neuen Gesellschaft. Daraus erklärt sich, daß auch im älteren deutschen Schrifttum vielfach angenommen wurde⁵⁸⁾, daß beispielsweise selbst der unter Zustimmung aller Mitglieder erfolgende Eintritt eines neuen Gesellschafters eine Neugründung der Gesellschaft darstelle.

Vom Boden einer derart römisch-rechtlich beeinflussten Rechtslage mußte das Institut des Ausscheidens als ein Fremdkörper anmuten, d.h. praktisch als eine Ausnahmeregelung, die eng auszulegen ist und daher auch nur in dem Umfang Geltung beanspruchen kann, in dem das Gesetz sie ausdrücklich anordnet.

56) vgl. Motive zum Entwurf eines BGB's a.a.O. Bd.II 13. Titel, S. 591.

57) vgl. Sohm a.a.O. § 82 S. 521.

58) so früher Planck Nr.2 sowie Enneccerus S.742 f.; Kopp, Diss. Erlangen 1902; Staub S.389; sämtlich zitiert bei Oertmann a.a.O. zu § 736,3.

Eine solche gesetzliche Regelung des Ausscheidens von BGB-Gesellschaftern findet sich aber allein in den §§ 736, 737 BGB. Der Zweck dieser Bestimmungen ist darin zu sehen, den Fortbestand der Gesellschaft möglichst auch in den Fällen zu erreichen, in denen einzelne Gesellschafter abgehen. Schon in den Motiven zum 1. Entwurf des BGB's wurde dies deutlich zum Ausdruck gebracht⁵⁹⁾. Diese von den §§ 736, 737 BGB angestrebte Rechtsfolge bringt das Gesetz aber nicht, wie zu erwarten, dadurch zum Ausdruck, daß es den "Fortbestand" oder die "Aufrechterhaltung" der Gesellschaft positiv feststellt, sondern durch den Anspruch, daß der Gesellschafter bei Eintritt näher bezeichneter Ereignisse "ausscheidet". Das Gesetz behandelt also direkt nur das Schicksal des abgehenden Gesellschafters und damit erst mittelbar das der Gesellschaft. Die Begriffe Fortbestand und Ausscheiden scheinen daher durch die zitierten Vorschriften aufs engste miteinander verbunden zu sein; und zwar erscheint der Fortbestand der Gesellschaft unter diesem Blickwinkel zwangsläufig als eine Voraussetzung für das Ausscheiden. Aus dieser Sicht betrachtet kann daher ein Ausscheiden nur stattfinden, solange die Gesellschaft von mindestens zwei Gesellschaftern aufrechterhalten wird.

Durch den zweiten Entwurf wurde das dem römischen Recht entlehnte Gesellschaftssystem aber durch das deutschrechtliche ersetzt. Dadurch, daß nunmehr die Gesamthand des älteren deutschen Rechts zum Leitbild der BGB-Gesellschaft geworden ist, erscheint auch das Institut des Ausscheidens in einem neuen Licht.

Es ist hier einerseits sogleich grundsätzlich einzuräumen, daß die Tatsache, daß der BGB-Gesellschaft das Gesamthandsprinzip zugrunde gelegt wurde, gewiß nicht präjudiziell für die Ausgestaltung der Gesellschaft in ihren Einzelheiten sein kann und auch nach dem Willen des Ge-

59) Motive a.a.O. S.630.

setzgebers gar nicht sein sollte⁶⁰⁾. Die Anforderungen, die im modernen Rechtsleben an eine Gesellschaft des bürgerlichen Rechts gestellt werden, machten vielmehr eine umfassende Umwandlung der Gemeinderschaft des deutschen Rechts notwendig. Andererseits ist jedoch festzustellen, daß die Fortbildung des Gesellschaftsrechts sich in der in Rede stehenden Hinsicht aber auch nicht derart vollzog, daß nicht ein Zusammenhang zwischen dem älteren und dem geltenden deutschen Recht erkennbar geblieben wäre. Die Verfolgung der geschichtlichen Entwicklung kann mithin zur Förderung des Verständnisses des geltenden Rechts und damit zur Beseitigung bestehender Unklarheiten und Lücken beitragen. Es sei daher auf die Rechtalage im älteren deutschen Recht eingegangen.

Nach germanischem Recht waren Eintritt und Abgang ursprünglich durchaus keine ungewöhnlichen Ereignisse im Leben der Gesamthandsgemeinschaft. Die Gesamthand war daher auch regelmäßig in der Lage, sie zu überleben. In einer Zeit nämlich, in der das Vermögen noch als Gesamteigentum der Familie, des Hauses, galt, wurden die Söhne in die Familiengemeinderschaft hineingeboren. Schon zu Lebzeiten des Hausvaters waren sie, wie namentlich Wierland⁶¹⁾ es ausdrückt, dessen "coheredes", die den Anteil des Vaters nicht als Erben erwarben, sondern bei seinem Tode lediglich ein bereits zu seinen Lebzeiten vorhandenes Recht betätigen⁶²⁾. Mit der Geburt eines jeden Sohnes fand somit eine personelle Veränderung der Gesamthand statt, die aber deren Identität stets unberührt ließ.

Ähnlich verhielt es sich im älteren deutschen Recht mit dem Abgang eines Mitglieds aus dem Hausverband, also

60) vgl. Protokoll 137 zum E. 2 a.a.O. S.428.

61) ErbR u. AkkrR a.a.O. S.133.

62) so namentlich auch Hübner, Grundzüge a.a.O. § 102 (S.674).

namentlich beim Tode eines Gesamthänders: Auch in einer Zeit, in der sich das Privateigentum und damit auch ein Erbrecht in eigentlichem Sinne gebildet hatten, führte der Wegfall eines Gemeiners grundsätzlich nicht zur Auflösung der Gesamthand. Hinterließ der Abgehende nämlich Kinder, so traten diese an seiner Stelle in die Gemeinschaft ein. Besaß er keine Abkömmlinge, so gingen seine Rechte unter und die verbleibenden Gesamthänder wurden von der Schranke des Anteils des Verstorbenen frei⁶³⁾. Vermögensrechtlich gesehen trat mithin im letzteren Fall Anwachsung zu Gunsten der dem Gesamthandsverband angehörigen Erben ein. Die nicht der Gemeinschaft angehörigen gleich nahen oder entfernteren Erben wurden also hierdurch ausgeschlossen⁶⁴⁾.

Ohne näheres Eingehen auf die Gründe⁶⁵⁾ der im modernen Recht eingetretenen Rechtsänderung läßt sich bereits an dieser Stelle die Feststellung treffen, daß es hinfort nicht möglich ist, das Rechtsinstitut des Ausscheidens als systemfremd zu bezeichnen. Steht diese Rechteinrichtung doch nun, nachdem sich im 2. Entwurf deutschrechtliche Grundsätze durchgesetzt haben, auf einem Boden, auf dem sie in langer geschichtlicher Entwicklung gewachsen ist.

Es ist hier zwar einzuräumen, daß der Zweck und Anwendungsbereich der §§ 736, 737 BGB auch mit der durch den 2. Entwurf herbeigeführten Änderung der Gesamtsituation keine Wandlung erfahren hat. Trotzdem erscheint aber der zuvor dargestellte begriffliche Zusammenhang⁶⁶⁾ zwischen

63) siehe hierzu Wieland a.a.O. S.133.

64) so ausdrücklich Wieland a.a.O. S.134 unten; ebenso Hübner a.a.O. 2.Buch, Sachenrecht S.230.

65) vgl. hierzu unten Kap. V.

66) vgl. hierzu die Ausführungen oben S.72 und die eindeutige Begriffsbestimmung bei Stollmeyer a.a.O. 14. Titel VI.

dem Ausscheiden eines Mitglieds und dem Fortbestand der Gesellschaft jetzt nicht mehr als zwingend: In einem gesellschaftsrechtlichen System wie dem gesamthänderischen, in dem das in Rede stehende Rechtsinstitut von jeher heimisch war, können über das Wesen des Begriffs und den Umfang seines Anwendungsbereichs, d.h. also über grundsätzliche Fragen, nicht schon allein daraus Schlußfolgerungen gezogen werden, daß das Gesetz dieses Institut in einigen Fallgruppen ausdrücklich für anwendbar erklärt. Den zitierten Bestimmungen ist aus dieser Sicht wohl zu entnehmen, daß im modernen Recht dem Institut des Ausscheidens seine Bedeutung als Grundsatzregelung genommen und dem Rechtsatz Ausdruck verliehen werden sollte, daß der Abgang eines Personalgesellschafters grundsätzlich zur Auflösung der Gesellschaft führe. Das Institut ist mithin heute zweifellos insofern Ausnahmeregelung, als es nur eingreift, wenn dies von sämtlichen Gesellschaftern zuvor vereinbart ist. Demgegenüber ist aus den zitierten Vorschriften aber nicht zu ersehen, daß das Institut in diesem engen, ihm von den §§ 736, 737 BGB belassenen Rahmen unter Wandlung von Begriff und Normzweck zudem nur noch in besonders gelagerten Fällen, nämlich bei Fortbestand der Gesellschaft, Anwendung finden sollte.

6. Ergebnis der personenrechtlichen Untersuchung

Der Ansicht, daß sich der Begriff "Ausscheiden" aus den §§ 736, 737 BGB ableiten lasse, ist mithin zu entgegenen: Es ist weitaus wahrscheinlicher, daß der Gesetzgeber in diesen Bestimmungen den Begriff nicht zu definieren und erst recht nicht zu modifizieren gedachte, daß er vielmehr nur das Eingreifen des Instituts in den gesetzlich umrissenen Fällen unter allen Umständen sicherstellen, eine Anwendung der Rechtseinrichtung aber auf andere Tatbestände nicht ausschließen wollte. Für diese Ansicht spricht darüber hinaus, daß gerade die vom Gesetz erfaßten Fälle dem Gesetzgeber besonders bedeutsam erscheinen

mußten, und zwar in doppelter Hinsicht: Einmal sind sie praktisch insofern von besonderer Wichtigkeit, als es hier um Auflösung oder Fortbestand der Gesellschaft geht. Zum andern zeichnen sie sich dadurch aus, daß in diesen Fällen ja eine grundsätzliche Änderung des bisherigen gemeinrechtlichen Rechtszustandes eingeführt werden sollte. Aus alledem folgt, daß ein Ausscheiden im rechtstechnischen Wortsinn bei der BGB-Gesellschaft in eben demselben Umfang wie bei den vorstehend unter 3. dargestellten Gesamthandsgemeinschaften stattfindet, d.h. insbesondere auch bei Abgang eines Mitglieds einer zweigliedrigen Gemeinschaft.

E. Das Verhältnis der Anwachsung zur gesamthänderischen Mitberechtigung an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen

1. Vorbemerkung

Die zweite Möglichkeit eines Beweises, daß die Akkreszenz auch bei Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters eintritt, besteht in der Führung des Nachweises, daß sie sich auch in diesem Grenzfall aus dem Wesen der gesamthänderisch gebundenen Mitberechtigung des Gemeiners an den einzelnen zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Gegenständen ableiten läßt. Dieser Beweis bewegt sich mithin auf den bereits vom Schrifttum vorgezeichneten Bahnen, auf denen allerdings, wie erwähnt, ein allgemein anerkanntes Ergebnis bislang nicht erzielt werden konnte.

2. Ist Anwachsung eine Folge der Universalsukzession?

Als Ausgangspunkt dieser Erörterung diene die Feststellung, daß die Akkreszenz nicht allein im deutschen Recht heimisch ist, daß sie vielmehr namentlich auch dem römischen Recht bekannt war. Es empfiehlt sich daher, die Eigenart und insbesondere den Anwendungsbereich der Akkreszenz des geltenden deutschen Rechts anhand eines

Rechtsvergleichs mit dem römischen Recht herauszustellen.

Dazu bedarf es zunächst des Hinweises darauf, daß in Rom zwei grundverschiedene Rechtsinstitute als "Akkreszenzrecht" bezeichnet wurden. Das eine ist das - auf das Gebiet des Erbrechts beschränkte - sog. *jus accrescendi der sui heredes*⁶⁷⁾, das sich, wie Sohm⁶⁸⁾ in Übereinstimmung mit Schirmer⁶⁹⁾ annimmt, daraus erklärt, daß nach altrömischem Recht derjenige, der einen Sohn besaß, keine andere Person zum Erben berufen konnte.

Daneben kannte das römische Recht eine der deutschrechtlichen Anwachsung entsprechende Rechtseinrichtung, auf die allein sich daher die weitere Untersuchung zu erstrecken hat. Bei diesem Institut handelt es sich um die Akkreszenz der Erbteile, die stets dann stattfand, wenn ein berufener Miterbe ohne Erwerb seines Bruchteils wegfiel und kein anderer auf diesen Anteil durch Transmission oder Substitution berufen wurde⁷⁰⁾. Dieses letztgenannte Akkreszenzrecht des römischen Rechts läßt sich unstreitig⁷¹⁾ auf den Grundsatz der Universalsukzession

67) vgl. hierzu Sohm, Inst. § 113 I (S.704 f).

68) a.a.O. S.702.

69) in der Zeitschrift der Savigny-Stiftung Bd.2 Bl.170 ff

70) vgl. Sohm a.a.O. § 114 II (S.718 f).

71) vgl. Puchta, *Cursus der Institutionen*, 2.Bd., *System und Geschichte des Römischen Privatrechts*, a.a.O. S. 326: Grundsatz der Akkreszenz ist: Die erhalten den Erbteil, welche ihn gehabt hätten, wenn der Wegfallende gar nicht existiert hätte. Dies können alle sein, nach Verhältnis ihres Erbteils, aber auch nur einer von mehreren, wenn zwei *conjuncti* eingesetzt sind. Gleicher Ansicht ist v.Czyhlarz, *Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts*, § 138: "Der Grund dieser kraft Rechtsnotwendigkeit unabhängig vom Willen der Erben eintretenden Akkreszenz ist der, daß jeder Erbe grundsätzlich zur ganzen Universitas berufen ist. Ferner Sohm-Mitteis-Wenger, *Institutionen, Geschichte und System des Römischen Privatrechts*, § 103: Gegenstand des Erbrechts ist für jeden berufenen Erben im Prinzip die ganze Erbschaft. Daß beim Vorhandensein von Miterben der einzelne nur eine Quote von ihr bekommt, betrachten die römischen Juristen nur als eine von außen kommende und daher mit dem äußeren Grund entfallende Einschränkung des Erwerbes. Eine klare Stellungnahme findet sich ferner bei Wiefels, *Röm. Recht, Rechtsgeschichte und Privatrecht*, S.138.

zurückführen, demzufolge auch in Rom jeder einzelne Miterbe "auf das Ganze" berufen wurde.

Im deutschen Schrifttum wurde frühzeitig erkannt, daß auch im deutschen Recht zwischen Anwachsung und Gesamtrechtsnachfolge ein innerer Zusammenhang besteht. Allerdings wurde zunächst die Anwachsung selbst häufig als Universalsukzession angesehen⁷²⁾. Das ist sicherlich unrichtig. Da der Anteil des abgehenden Gesellschafters bereits im Zeitpunkt seines Ausscheidens⁷³⁾ untergegangen ist, kann sich die gleichzeitig stattfindende Erweiterung der Rechte der oder des verbleibenden Berechtigten nur originär, d.h. unabhängig von der Rechtsstellung eines Rechtsvorgängers vollziehen. Bei der Anwachsung handelt es sich mithin, wie heute fast allgemein anerkannt wird⁷⁴⁾, überhaupt nicht um eine Rechtsnachfolge. Die Anwachsung ist aber auch im deutschen Recht teilweise eine Folge der Universalsukzession. Das trifft sowohl für das ältere als auch für das derzeit geltende Erbrecht zu. Darüber hinaus gilt dies auch für das Recht der älteren deutschen Gemeinderschaft, bei der ja ursprünglich ebenfalls eine Gesamtnachfolge stattfand. Hübner⁷⁵⁾ führt hierzu in z.T. wörtlicher Übereinstimmung mit Huber⁷⁶⁾

Für das Pandektenrecht vgl. Dernburg, Pandekten 3.Bd. § 55 III: Die Konkurrenz beschränkt die Berufung jedes Miterben auf einen Bruchteil des Nachlasses; ... Akkreszenz tritt nach ihm deshalb ein, "weil die zunächst auf eine Quote beschränkte Erbberechtigung infolge innerer Triebkraft wächst und damit die ausgefallene Portion erfaßt"; siehe auch Thibaut, System des Pandektenrechts 2.Bd. § 845: "Das Prinzip, worauf das Anwachsungsrecht der Legatäre beruht, ... begründet sich allein auf die Regel: Wer ein Ganzes erhalten sollte, welches ihm durch die Konkurrenz eines anderen hätte beschränkt werden können, behält das Ganze, wenn die Konkurrenz wegen anfänglicher Nichtigkeit oder nachherigen Ausfalls des Legats nicht zur Ausübung kommt". Abweichender Ansicht ist Thibaut allerdings für das Anwachsungsrecht der Erben, vgl. a.a.O. § 844.

72) vgl. z.B. Dorst a.a.O. S.272; desgleichen die Kritik Wielands, Handelsrecht a.a.O. § 56 Anm.17 (S.653) mit Hinweis auf RG in LZ 1915 S.270 nebst einer Bemerkung von Jäger; ferner RG in JW 1916, 410,12.

73) so allg. Ansicht, vgl. Oertmann a.a.O. zu § 738 Anm. 3; Planck a.a.O. zu § 738 Anm.3.

aus, daß nach älterem deutschen Recht die Söhne des Hauses beim Tode des Vaters vollends an seine Stelle traten und daß sich die bisherige "bloße Gebundenheit der Verfangenschaft in eine Nachfolge", d.h. in eine Gesamtnachfolge umsetzte.

3. Folgerungen

In den erwähnten Rechtsgebieten, sei es des deutschen oder des römischen Rechts, in denen die Anwachsung letztlich eine Folge der Universalsukzession ist, ergibt sich aus letzterer auch der Umfang ihres Anwendungsbereichs: Die Universalsukzession fordert den Eintritt der Anwachsung bei der zweigliedrigen Gemeinschaft ebenso wie bei der mehrgliedrigen. In jenem Grenzfall liegt nur insofern eine Besonderheit vor, als die aus der Universalsukzession fließende, sich stets "auf das Ganze" erstreckende Zuständigkeit mangels konkurrierender Rechte Dritter nicht theoretisches Prinzip bleibt, sondern reale Wirklichkeit wird.

Die Anwachsung müßte aber, und zwar in demselben Umfang, auch in anderen als den erwähnten Rechtsgebieten, d.h. namentlich im modernen Gesellschaftsrecht, eintreten, wenn die sich aus der Gesamtrechtsnachfolge ergebende besondere Zuständigkeitsart in der formalen Struktur des dem einzelnen Gemeinschaftler von der Rechtsordnung zugestandenen Privatrechts seinen rechtstechnischen Niederschlag gefunden und damit eine gewisse Unabhängigkeit von der Universalsukzession erlangt hätte.

74) vgl. RGZ 65/227 ff (238); anderer Ansicht noch Baumbach-Duden a.a.O. zu § 138 Anm.4.

75) a.a.O. § 102 I (S.674).

76) Huber, Eugen, Schw. Privatrecht 4, 541.

4. Eine Hypothese

a) Aufstellung der Hypothese; b) Widerlegung der Hypothese anhand des geltenden Rechts; c) Widerlegung der Hypothese anhand des Pandektenrechts.

a) Aufstellung der Hypothese

Es liegt zunächst nahe, einen derartigen rechtstechnischen Ausdruck der Akkreszenz in einer der römisch-rechtlichen Bruchteilsberechtigung und der deutschen Gesamthandsberechtigung gemeinsamen Eigenschaft zu vermuten. Eine solche Gemeinsamkeit könnte allein darin gesehen werden, daß sich beide Rechte gleichermaßen stets auf den ungeteilten Gegenstand erstrecken⁷⁷⁾.

Es sei zunächst bemerkt, daß sich in der Literatur nur selten ein Hinweis auf diese Gemeinsamkeit beider Rechte findet. Die Ursache hierfür dürfte vornehmlich darin liegen, daß die Bemühungen des Schrifttums vielfach darauf abzielen, anhand des Vergleichs von Bruchteils- und Gesamthandsberechtigung die sachliche Verschiedenartigkeit beider Rechte herauszustellen. So wird ersteres regelmäßig als "Recht an einem ideellen S a c h a n t e i l " letzterem als einem "Recht an der g a n z e n Sache" gegenübergestellt. Eine derartige Gegenüberstellung kann in vorliegendem Fall m.E. jedoch leicht zu einer Verkennung des wahren Sachverhaltes führen. Bei der sog. ideellen Teilung handelt es sich bekanntlich um eine Teilung des Rechts an der Sache ohne Teilung der Sache selbst. Es empfiehlt sich daher im vorliegenden Zusammenhang, dem Vorbild Palandt-Gramms⁷⁸⁾ und anderer folgend, nicht die ideelle Teilung der Sache, sondern ihre tatsächliche

77) Dieser Ansicht scheint - für den Bereich des reinen römischen Rechts - Kaser zuzuneigen; vgl. sein Lehrbuch des römischen Privatrechts, a.a.O. I S.347 mit Hinweis auf Paul. D 8, 2, 26.

78) a.a.O. Einführung vor § 1008 Anm.2; zu § 741 Anm.5.

Ungeteiltheit in den Vordergrund zu stellen und dementsprechend ausschließlich von einer Rechtsteilung zu sprechen⁷⁹⁾.

b) Widerlegung der Hypothese anhand des geltenden Rechts

Bei konsequenter Anwendung der in Rede stehenden Hypothese, derzufolge also die Ungeteiltheit des Rechtsobjektes die wesentliche Voraussetzung der Akkreszenz darstellt, käme man zu dem bemerkenswerten Ergebnis, daß die Anwachsung generell, d.h. bei einer jeden Rechtsgemeinschaft im Falle des Ausscheidens einzelner Mitberechtigter eintreten müßte. Hier zeigt sich aber bereits die Unrichtigkeit dieser Rechtsauffassung: Dem geltenden deutschen Recht ist nämlich eine Akkreszenz in derart weitem Ausmaß unbekannt.

Es sei hier eingeräumt, daß sich eine exakte Widerlegung der erwähnten Hypothese insofern schwierig gestaltet, als eine Anwachsung auch nach modernem deutschen Recht im Gefolge der Bruchteilsberechtigung nur eintreten könnte, wenn ein Wegfall (Ausscheiden) im rechtstechnischen Sinne vorliegt. Derartige Fälle kommen aber bei der Berechtigung nach Bruchteilen an sich selten vor.

Ein echter Wegfall eines Berechtigten ist jedoch gegeben, wenn ein Gemeinschaftler auf seinen Anteil an den gemeinsamen Gegenständen verzichtet. Anhand dieses Falles läßt sich die Richtigkeit der hier zu untersuchenden Hypothese nachprüfen.

Der Verzicht eines Gemeinschaftlers auf sein ideelles Bruchteilsrecht im Sinne des § 741 BGB führt aber, und zwar nach allgemeiner Ansicht gerade nicht zur Anwachsung. Das zeigt sich deutlich bei der Aufgabe von Bruchteilseigentum, durch die nicht nur den verbleibenden Gemein-

79) Hiermit soll noch keineswegs zu der Streitfrage Stellung genommen werden, ob den Gemeinschaftlern nur die Anteile eines gemeinschaftlichen Rechtes oder aber eine Mehrheit von Teilrechten zusteht.

schaftern, sondern auch Dritten die Möglichkeit eines Erwerbes dieses Miteigentums durch Aneignung eröffnet wird⁸⁰⁾. Das wird aber mit noch größerer Deutlichkeit bei dem Verzicht auf ein beschränkt dingliches Bruchteilsrecht offenbar.

Bereits die einseitige Erklärung des Mitinhabers, seinen Rechtsanteil aufgeben zu wollen, führt, wenn es sich um ein Recht an einem Grundstück handelt, gemäß § 875 BGB zur Aufhebung der Mitberechtigung. Bei den Grundpfandrechten besteht außerdem noch die Möglichkeit eines Verzichtes mit der Rechtsfolge, daß die beschränkt dingliche Mitberechtigung auf den Eigentümer übergeht. Eine Erweiterung der Rechtsmacht der oder des verbleibenden Mitberechtigten findet mithin in allen diesen Fällen gerade nicht statt. Die grundsätzlich gleiche Rechtslage tritt ebenfalls ein, wenn der Mitinhaber eines beschränkt dinglichen Rechts an einer beweglichen Sache seine Mitberechtigung aufgibt. Erklärt z.B. einer von mehreren Nießbrauchern gegenüber dem Eigentümer oder dem Besteller, sein Anteilsrecht aufgeben zu wollen, so erlischt seine Mitberechtigung und zwischen dem Eigentümer und dem bzw. den verbleibenden Berechtigten entsteht nunmehr eine dem § 1066 BGB entsprechende Nutzungsgemeinschaft.

Bei der Aufgabe einer Bruchteilsberechtigung treten mithin die gleichen Rechtsfolgen ein, wie bei der Aufgabe des entsprechenden Alleinrechts. Das ist m.E. bei einer so individualistisch ausgebildeten Mitberechtigung wie der Bruchteilsberechtigung nur folgerichtig: Handelt es sich doch bei dieser Mitberechtigung nicht lediglich um einen Anteil eines gemeinschaftlichen Rechts, sondern um ein in vieler Hinsicht selbständiges Teilrecht⁸¹⁾.

80) vgl. für das Liegenschaftsrecht Westermann a.a.O. § 87, 1 u. 3. Nichts grundsätzlich anderes gilt für das Fahrnisrecht, da der Eigentumsanteil wie das Alleinrecht an einer Sache zu behandeln ist; siehe Staudinger-Berg zu § 958 I a; vgl. auch die Erörterung Wolffs in Jherings Jahrb. 44/194 ff.

81) vgl. Palandt-Gramm a.a.O. zu § 741 Anm.5.

Gerade aus dieser Sicht wäre es unerfindlich, weshalb sich ein solches, von den übrigen Bruchteilsherechtigungen scharf abgegrenztes Recht aus sich selbst heraus zu Vollrecht erweitern sollte.

c) Widerlegung der Hypothese anhand des Pandektenrechts

Gegen die hier untersuchte Hypothese spricht auch, daß im Schrifttum lebhaft bezweifelt wird, ob nach gemeinem deutschen Recht⁸²⁾ eine Anwachsung außerhalb des Bereichs des Erbrechts (in dem sie sich bekanntlich aus der Universal sukzession erklärt) stattgefunden hat.

Dernburg⁸³⁾ verneint die Existenz eines allgemeinen - d.h. auch in anderen Rechtsgebieten als dem Erbrecht geltenden - Akkreszenzprinzips nicht ausdrücklich.

Aus dem Umstand, daß er aber beispielsweise im Sachenrecht bei Behandlung der Dereliktion des Falles, daß ein Mitberechtigter derelinquiert, nicht besonders gedenkt, ist m.E. zu schließen, daß er ihn nach allgemeinen Grundsätzen behandelt wissen will, d.h. daß nach seiner Ansicht bezüglich des derelinquierten Anteils Herrenlosigkeit eintritt und eine Aneignung möglich ist. -

Das Reichsgericht, daß in RGZ 65/227 ff. (S.235) die in Rede stehende Frage angeschnitten hat, läßt es ausdrücklich dahingestellt, ob Akkreszenz bei Wegfall eines Mitberechtigten durch Dereliktion oder Eintritt einer auflösenden Bedingung eintreten könne.

Demgegenüber spricht sich Windscheid⁸⁴⁾ mit Entschieden-

82) das "wir durch unser deutsches bürgerliches Gesetzbuch bei uns wiederum eingeführt haben", vgl. Sohm a.a.O. § 4 (S.8).

83) Lehrbuch des Pandektenrechts, a.a.O. Bd.III; vgl. insbesondere §§ 91, 92, 113, 116.

84) Lehrbuch des Pandektenrechts von B.Windscheid, bearbeitet von Th. Kipp, Bd.I § 169 a (S.872); im Ergebnis ebenso Puchta, System und Geschichte des Römischen Privatrechts, a.a.O. Bd.II: Manumittiert ein Miteigentümer, so tritt beim Socius Akkreszenz ein.

heit dafür aus, daß die Akkreszenz auch im gemeinrechtlichen Sachenrecht Geltung habe. Zur Stützung seiner Ansicht beruft sich Windscheid auf Ulp. I 18. Dort heißt es:

Communem servum unus ex dominis manumittendo partem suam amittit, eaque accrescit socio.

Auch Kaser⁸⁵⁾ erklärt bei der Darstellung des vorklassischen und klassischen römischen Rechts - in allerdings vorsichtiger Formulierung -, daß es sich bei dieser durch Ulp. I 18 bezeugten Rechtserweiterung um "eine auf den Gedanken der Akkreszenz beruhende Erscheinung" handle. An anderer Stelle seines Lehrwerks⁸⁶⁾ führt er, ganz im Sinne der hier untersuchten Hypothese, aus, daß der Mit-eigentümer einen "... körperlich auf die ganze Sache bezüglichen ... Anteil" habe, woraus folge, "daß bei Dereliktion dieses Anteils dieser den socii anwachse".

Der Ansicht Windscheids und Kasers, daß die Anwachsung im reinen römischen Recht auch außerhalb des Erbrechts zu finden ist, kann nicht gefolgt werden. Ihr ist zu entgegen, daß in der Rechtswissenschaft von jeher zweifelhaft gewesen ist, ob sich in der Stelle Ulp. I 18 die wahre Rechtslage der klassischen und vorklassischen Zeit widerspiegelt. Man hat ihr nämlich I.3 D 41,7 entgegengehalten⁸⁷⁾. Es ist zunächst unstreitig, daß diese Stelle besagt, daß der Eigentumsanteil mit rechtlicher Wirkung derelinquiert werden kann. Windscheid ist zwar der Ansicht⁸⁸⁾, daß hieraus noch nicht entnommen werden könne, welche Rechtsfolge diese Dereliktion nach sich ziehe.

Dem ist aber zu widersprechen: Die Dereliktion und die Herrenlosigkeit als ihre Folge sind im römischen Privat-

85) a.a.O. § 69 II.

86) vgl. S. 347.

87) 88) vgl. zum Ganzen Windscheid a.a.O. § 169 a (S.872).

rechtssystem derart innig miteinander verknüpft, daß in I. 3 D 41,7 auf einen ausdrücklichen Ausspruch dieser Rechtsfolge verzichtet werden konnte. Nur wenn - unter Durchbrechung des Grundsatzes - Anwachsung eintreten sollte, wäre eine positive Regelung der Rechtsfolge notwendig gewesen.

Der vorstehend dargelegte Widerspruch zwischen Ulp. I 18 und I. 3 D 41,7 läßt sich m.E. indes wie folgt erklären: In seiner Frühzeit kannte auch das römische Recht ein gemeinschaftliches Eigentum. Es war, wie Kaser ausführt⁸⁹⁾, dadurch gekennzeichnet, daß jeder Gemeinschaftler über die ganze Sache verfügen und sie namentlich veräußern kann, an ihr aber keinen selbständigen Anteil hat, den er für sich veräußern oder belasten könnte. Es ist mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß auch im Gefolge dieses "Gesamthandseigentums" - ebenso wie im deutschen Recht - das Rechtsinstitut der Anwachsung zu finden war. In der jüngeren Republik wurde dieses Gesamthandseigentum aber immer mehr zurückgedrängt, so daß es im klassischen Recht nicht mehr vorzufinden ist. An seine Stelle ist die jüngere Rechtsform, das Bruchteilseigentum, getreten.

Der Weg, der zur Herausbildung des Begriffs des Bruchteilseigentums geführt hat, ist heute nicht mehr deutlich erkennbar⁹⁰⁾. Jenseits des letzten Jahrhunderts vor der Zeitenwende versiegen die Rechtsquellen fast vollkommen, so daß die Forschung weithin auf Rückschlüsse aus spärlichen Überlieferungen angewiesen ist. Wie immer im einzelnen sich der erwähnte Übergang zum Bruchteilseigentum auch abgespielt haben mag⁹¹⁾, der typische Wesenszug der Römer, die konservative Gesinnung und der Glaube, eine Rechtseinrichtung nicht wirklich abschaffen

89) vgl. hierzu sowie auch zum Nachfolgenden Kaser a.a.O. § 99.

90) vgl. Jörs-Kunkel-Wenger, Röm. Recht, a.a.O. § 67,3.

91) Kaser, a.a.O. § 99 neigt der Auffassung zu, daß die Bruchteilsberechtigung wohl nicht einfach aus der älteren Gesamthandsberechtigung "hervorgewachsen", sondern "neu geschaffen worden" ist.

zu können⁹²⁾, werden auch das altüberlieferte Rechtsinstitut der Anwachsung noch während eines langen Zeitraumes bestehen lassen haben, obwohl es in dem neueren, individualistisch gestalteten System des Sachenrechts bereits als Fremdkörper empfunden werden mußte. Aus demselben Grunde mag sich das Rechtsprinzip auch, obwohl längst überlebt, im Juristenschrifttum erhalten haben.

Noch aus einem anderen Grunde darf daraus, daß die Akkreszenz bei Ulpian erwähnt wird, nicht geschlossen werden, daß sie auch in seiner Zeit⁹³⁾ sowie in den folgenden Jahrhunderten ein innerlich gerechtfertigter und daher vollgültiger Teil der Rechtsordnung war. Wie A. Pernice⁹⁴⁾ hervorhebt, hat Ulpian "einen verhältnismäßig kleinen Kreis von Schriftstellern ziemlich mechanisch ausgeschrieben und hauptsächlich mit fremdem Gut gearbeitet". Auch die Ansicht Sohms geht dahin, daß von Ulpian zwar ein "Hauch hellenistischen Geistes" ausging, daß sein Werk aber doch nicht so tiefgreifend sei, wie etwa das seines "mit dem Stoff ringenden" Zeitgenossen Paulus⁹⁵⁾.

Im vorliegenden Fall ist daher mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, daß Ulpian das Anwachsungsprinzip aus einer wesentlich älteren Rechtsquelle mechanisch übernommen hat, ohne zu bedenken, daß für dieses Rechtsinstitut in dem durch Schaffung der Bruchteilsberechtigung entstandenen System des Sachenrechts kein Raum mehr vorhanden war. - Die vorstehenden Überlegungen verbieten es m.E., bei der Rekonstruktion des römischen Rechts vorklassischer und klassischer Zeit auf die zitierte Quelle zurückzugreifen.

92) vgl. hierzu Kaser a.a.O. § 2 (S.6).

93) um 210 n.Chr.

94) vgl. Sitzungsbericht der Berliner Akademie 1885 S.443, zit. bei Sohm a.a.O. § 18 A. 23.

95) Sohm a.a.O. § 18 (S.114).

Die Akkreszenz scheint daher in Wirklichkeit im Institutionenrecht ebenso wie im Pandektenrecht auf das Gebiet des Erbrechts beschränkt gewesen zu sein. Daß die mit Vorstehendem angefochtene Rechtsansicht im Schrifttum zum Pandektenrecht zeitweise einen nicht ganz unbedeutenden Einfluß gewinnen konnte, liegt m.E. zusätzlich auch in folgendem Umstand begründet:

Bei Wegfall einzelner Mitberechtigter zu ideellen Anteilen sind die gemeinschaftlichen Gegenstände nach der hier vertretenen Auffassung zwangsläufig zunächst den verbleibenden Berechtigten wenn auch nicht ganz, so aber doch allein zugeordnet. Die Feststellung dieser "alleinigen Zuständigkeit" der verbleibenden Bruchteilsberechtigten kann zu Mißverständnissen Anlaß geben: Sie besagt in vorliegendem Fall lediglich, daß ein bestimmter Personenkreis an einem Rechtsobjekt gemeinschaftlich berechtigt ist, d.h. sie sagt nichts über den Umfang dieser Berechtigung aus und stellt namentlich auch keine Stellungnahme zu der Frage dar, ob eine Begründung weiterer (Bruchteils-) Berechtigungen seitens Dritter möglich ist.

Unter "alleiniger Zuständigkeit" wird im Rechtsleben aber auch, und zwar regelmäßig eine Zuständigkeit einzelner oder einer Personenmehrheit verstanden, die eine Mitberechtigung Dritter ausschließt, d.h. eine Zuständigkeit zu Alleinrecht. Auch in vorliegendem Fall scheint die "alleinige" Berechtigung der verbleibenden Gemeinschaftler unrichtigerweise in diesem Sinne verstanden worden zu sein, ein Umstand, der dann allerdings dazu führt, eine Erweiterung der Rechte der einzelnen Bruchteilsberechtigten, d.h. eine Akkreszenz, anzunehmen.

Zusammenfassend läßt sich daher feststellen, daß die aus der Gesamtrechtsnachfolge fließende, sich stets "auf das Ganze" erstreckende Zuständigkeit ihren rechtstechnischen Niederschlag nicht in der Ungeteiltheit des Rechtsobjektes und damit, wie hier sogleich weiter gefolgert werden kann, auch nicht in der formalen Struktur der Bruchteils-

berechtigung gefunden hat. Bei Bruchteilsberechtigungen tritt daher die Anwachsung - wie etwa im römischen Erbrecht - immer nur kraft positiver gesetzlicher Regelung ein.

5. Die gesamthänderisch gebundene Mitberechtigung als rechtstechnischer Ausdruck der sich aus der Gesamtrechtsnachfolge ergebenden besonderen Zuständigkeitsart

Im Unterschied zur Bruchteilsberechtigung ist bei der Gesamthandsberechtigung nicht allein das Rechtsobjekt, sondern auch das Recht selbst ungeteilt. Die U n g e - t e i l t h e i t der gesamthänderischen M i t b e - r e c h t i g u n g entspricht aber der sich aus der Universalsukzession ergebenden, sich auf das Ganze erstreckenden Zuständigkeit, d.h. einer Zuordnungsform, die nach Begriff und Zweck im Prinzip stets das g a n - z e R e c h t erfaßt: Diese Ungeteiltheit des Rechts muß daher als der rechtstechnische Ausdruck dieser Zuständigkeitsordnung angesehen werden. Damit ist bereits ausgesprochen, daß sich die Akkreszenz im deutschen Recht nur mittelbar aus der Universalsukzession, direkt hingegen aus der von ihr entscheidend mitgeformten Gesamthandsberechtigung ergibt. Hiermit steht im Einklang, daß die Akkreszenz, und zwar ohne jede Ausnahme, in sämtlichen Rechtsgebieten vorzufinden ist, in denen auch das Gesamthandsprinzip Eingang gefunden hat.

6. Ergebnis

Aus alledem ist aber weiterhin auch zu folgern, daß die Akkreszenz sich in allen diesen Rechtsgebieten aus der Gesamthandsberechtigung in eben demselben Umfang ergibt, in dem sie sich auch aus Begriff und Wesen der Universalsukzession ableiten läßt. Mit anderen Worten, sie tritt unter der - im geltenden deutschen Recht allerdings stets

gegebenen - Voraussetzung, daß das Gesetz nicht ausdrücklich etwas anderes bestimmt, insbesondere auch generell bei der zweigliedrigen Gesamthand ein.

Mit Vorstehendem dürfte ein sicherer Nachweis dafür erbracht sein, daß eine Anwachsung auch im Fall des Ausscheidens des vorletzten BGB-Gesellschafters stattfindet.

Zu der im Schrifttum viel erörterten Frage, ob es sich bei der Bestimmung des § 738 I 1 BGB um einen singulären Satz oder um ein allgemeines Prinzip handelt, kann daher abschließend wie folgt Stellung genommen werden. Es ist grundsätzlich zu bemerken, daß die Frage nach dem Regel- oder Ausnahmecharakter der Anwachsung unter verschiedenen Gesichtspunkten gestellt werden kann und sich daher keineswegs einheitlich beantworten läßt: Eine Ausnahmeerscheinung ist die Anwachsung insofern, als sich die Zuordnungsänderung der Rechtsgüter in der Regel auf rechtsgeschäftlichem Wege vollzieht. Die Anwachsung stellt auch eine Ausnahmeregelung zu dem Grundsatz dar, demzufolge der Abgang eines Gesamthänders im modernen Gesellschaftsrecht zur Liquidation des Gesellschaftsvermögens führt. Um ein allgemeines Prinzip handelt es sich bei ihr aber, wie ausgeführt, insofern, als sie nicht nur bei der mehrgliedrigen Gesellschaft, sondern auch bei der aus zwei Mitgliedern bestehenden eintreten kann.

V. Analoge Anwendung des § 738 I 1 BGB
aus rechtssoziologischen Gründen?

A. Die Verengung des Anwendungsbereichs der Anteilsan-
wachung als Folge eines - im Laufe der Rechtsent-
wicklung eingetretenen - Wandels der wirtschaftlichen
Gesellschaftsgrundlage

Als Ausgangspunkt der Erörterung diene die Feststellung, daß der Anwendungsbereich der Anwachsung, wie ein Vergleich der derzeitigen Rechtslage mit dem älteren deutschen Recht ergibt, sich im Laufe der Rechtsfortbildung verengt hat. In welchem Umfang diese Verengung eintrat oder, anders ausgedrückt, in welchem Bereich das Rechtsinstitut des Ausscheidens auch heute noch seine Geltung behalten hat, wird durch Aufdeckung der Kräfte erkennbar, die diese Verengung des Anwendungsbereichs bewirkten.

Es ist, wie in Kap. II¹⁾ erwähnt, ein Kriterium der Personalgesellschaft schlechthin, daß der Abgang eines Mitglieds regelmäßig zu ihrer Beendigung führt. Der innere Grund für die Auflösung ist darin zu sehen, daß bei Abgang einzelner Gesellschafter die wirtschaftliche Grundlage der Gesellschaft vernichtet und damit eine weitere Verfolgung der Gesellschaftsziele verhindert wird²⁾. Die Unmöglichkeit jeglicher weiteren Realisierung der Gesellschaftszwecke führt aber zur Auflösung der Personalgesellschaft. Dies ist für die BGB-Gesellschaft ausdrücklich in § 726 BGB festgestellt. Nichts grundsätzlich anderes gilt aber auch für die im HGB geregelten Handelsgesellschaften. Bei der OHG und KG ist nämlich zu beachten, daß das eigentliche Ziel der Gesellschaft letztlich

1) siehe oben S. 7

2) Heck, a.a.O. § 125 spricht klar aus, daß die Vermögenszusammenfassung, d.h. die objektive Gesellschaftsgrundlage die Förderung des bisherigen Gesellschaftszwecks garantiert.

darin besteht, Handelsgeschäfte irgendwelcher Art zu betreiben. Wenn daher das einer Gesellschaft gesetzte konkrete Ziel, wie etwa der Vertrieb von Maschinen, erreicht oder unmöglich geworden ist, wird ihr in aller Regel eine neue Aufgabe, beispielsweise der Handel mit Metallen, gestellt werden. Das HGB wird daher nur praktischen Bedürfnissen gerecht, wenn es die Gesellschaft in diesen Sachlagen, d.h. gleichsam bei Erreichung oder Unmöglichwerden von Nah- oder Teilzielen fortbestehen läßt³⁾. In Fällen jedoch, in denen die Absicht, Handelsgeschäfte irgendwelcher Art zu betreiben, ganz aufgegeben, jede weitere Zweckverwirklichung mithin eingestellt wird, wandelt sich die Handelsgesellschaft in eine BGB-Gesellschaft um und löst sich, falls ihr auch jetzt keine andere Zweckbestimmung gegeben wird, ebenfalls gemäß § 726 BGB auf⁴⁾.

Zusammenfassend läßt sich die im vorliegenden Zusammenhang bedeutsame Feststellung treffen, daß der Fortbestand der Gesamthandsgesellschaft von der Erhaltung des einmal vorhandenen Mitgliederbestandes abhängt, weil der Abgang der einzelnen Mitglieder ihre wirtschaftliche Grundlage zerstört. Besonderer Hervorhebung bedarf es, daß sich eine derartige Abhängigkeit der wirtschaftlichen Gesellschaftsgrundlage von der Person der Gesellschafter in zweifacher Hinsicht feststellen läßt.

Einmal beruht die wirtschaftliche Grundlage der Gesellschaft auf der Individualität der einzelnen Gesellschafter⁵⁾, auf seinen besonderen Fähigkeiten und Leistungen: d.h. namentlich auf seiner Arbeitskraft sowie auf seinem Kredit und der Höhe seines für die Gesellschaftsschulden mithaftenden Privatvermögens. Gerade diesem persönlichen Element kommt bei der Personalgesellschaft bekanntlich

3) so die herrschende Meinung; vgl. statt vieler Hueck a.a.O. § 18,2 (S.83).

4) vgl. zum Ganzen Baumbach-Duden a.a.O. zu § 131 Anm.I D.

5) vgl. auch Motive zum E.I a.a.O. 13.Titel S.591.

maßgebliche Bedeutung zu. Zum anderen ist die wirtschaftliche Grundlage der Gesellschaft aber auch von der Person der Mitglieder insofern abhängig, als er einer der Träger des Gesellschaftsvermögens ist.

Unter diesem letzten Gesichtspunkt läßt sich der im Schrifttum häufig zitierten Feststellung⁶⁾, daß der Begriff der Personalgesellschaft Abstufungen zulasse, daß nämlich verschiedenartige Mischformen und allmähliche Übergänge zur Kapitalgesellschaft möglich seien, eine ähnliche hinzufügen: Der Begriff der Personalgesellschaft läßt auch eine Abstufung unter dem Blickwinkel zu, welche Rechtsform das Gesetz bei den einzelnen Personalgesellschaftstypen dem den Gesellschaftszielen gewidmeten Vermögen gegeben und welche Beziehung es damit zwischen Gesellschafter und Gesellschaftsvermögen geschaffen hat.

Unter diesem Gesichtspunkt muß z.B. die *societas* des römischen Rechts als eine vollkommene Personalgesellschaft bezeichnet werden. Bei der römischen *societas* ist das "Gesellschaftsvermögen" den *socii* nach ideellen Bruchteilen zugeordnet und unterliegt daher ihrer freien Verfügung. Angesichts dieser engen, individualrechtlichen Bindung der Vermögensbestandteile an die Person der Gesellschafter muß der Abgang eines Mitberechtigten die Zersplitterung des Gesellschaftsvermögens zur Folge haben. Damit endet aber zugleich auch die in der Vermögenszusammenfassung liegende "Garantie für die Förderung des bisherigen Gesellschaftszwecks"⁷⁾.

Eine Auflösung der Gesellschaft erscheint daher nach römischem Recht bei Ausscheiden eines *socii* nicht nur wegen Wegfalls des sog. persönlichen Elementes, sondern auch unter diesem Gesichtspunkt sachlich gerechtfertigt.

Wesentlich anders verhält es sich bei den Gesamthandsgesellschaften des deutschen Rechts. Hier wird ein wirk-

6) vgl. z.B. Hueck, a.a.O. § 2 IV; siehe in diesem Zusammenhang auch Buchda a.a.O. §§ 43 u. 44 (S.240 ff).

7) vgl. oben Anm.2.

liches Gesellschaftsvermögen gebildet, d.h. eine Vermögenszusammenfassung geschaffen, die der Verfügungsgewalt des einzelnen Gesellschafters entzogen und daher weitgehend verselbständlicht ist. Da aber die Geschlossenheit der Vermögenszusammenfassung nicht ausreicht, ihr eine eigene Rechtspersönlichkeit zu verleihen, kommt der Person der Gesellschafter auch hier als Rechtsträger maßgebliche Bedeutung zu. Im Vergleich zur römischen *societas* erscheint die Abhängigkeit des Gesellschaftsvermögens von der Person der Gesellschafter aber dennoch gemildert. Die sozialrechtliche Bindung des Vermögens läßt die Bedeutung der Einzelperson als Träger des Vermögens zurücktreten, so daß in diesem System bei Abgang einzelner Mitglieder die Gesellschaftsauflösung insofern nicht als unumgänglich erscheint, als die Vermögensträgerschaft in Rede steht. Sind die verbleibenden Berechtigten doch schon vor dem Wegfall einzelner Mitberechtigter stets "auf das Ganze" berechtigt. Es zeigt sich mithin, daß gerade die gesamthänderische Bindung des Vermögens der Urgrund ist, auf dem das Rechtsinstitut des Ausscheidens entstehen konnte.

Bei der Gesamthand kann sich daher die Frage, welches Schicksal die Gesellschaft infolge des Abgangs einzelner Genossen erleidet, allein danach entscheiden, welche Rolle das persönliche Element in der Gesellschaft generell spielt. Unter diesem Gesichtspunkt ist zwischen der älteren Gemeinderschaft und der modernen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ein grundlegender Unterschied festzustellen.

Bei den bauerlichen und ritterschaftlichen Familiengemeinderschaften kam dem persönlichen Element regelmäßig keine derartige Bedeutung zu, daß die Ziele der Gemeinderschaft, nämlich die Verwaltung des Familienbesitzes und die Sicherung des Familienunterhaltes⁸⁾ bei Wegfall einzelner Mitglieder unerreichbar geworden wären. In der

8) vgl. Fehr, Deutsche Rechtsgeschichte, a.a.O. § 1,3; § 10.

Frühzeit deutscher Geschichte mit ihrer jugendlichen unindividualistischen Kultur⁹⁾ und ihrer geringen zivilisatorischen Entwicklung bedurfte es zur Realisierung der Gemeinschaftsziele nur in geringem Umfang spezieller Fähigkeiten oder besonderer Leistungen der Gemeiner. Der persönlichen Mitarbeit eines einzelnen Beteiligten ist mithin in dieser Zeit regelmäßig ein maßgeblicher Wert nicht beizumessen. Die Garanten der Zweckverwirklichung blieben bei Abgang einzelner Gemeinder vielmehr erhalten: Sie sind in der Arbeitskraft der oder des verbleibenden Berechtigten und der Mancipien¹⁰⁾ sowie in den zum Haus gehörenden Liegenschaften und in dem Viehbesitz zu sehen.

Aus dieser Sicht erscheint es sinnvoll, daß die Gesamthand bei Abgang einzelner Genossen regelmäßig erhalten blieb und nur in Fällen, in denen die Beteiligten diese Rechtsfolge nicht für angemessen hielten, eine Teilung erzwungen werden konnte. Ebenso sinnvoll erscheint es aber, daß auch bei Abgang des vorletzten Gemeiners und der dadurch zwangsläufig herbeigeführten Lösung der personenrechtlichen Bindung eine Teilung des Gesellschaftsvermögens in aller Regel vermieden und mithin ein Ausscheiden auch in diesem Grenzfall anerkannt wurde. War doch auch in diesem Fall die weitere Realisierung der bisherigen Gemeinschaftsziele durchaus möglich.

In der Neuzeit haben sich die Verhältnisse hingegen grundlegend gewandelt. Die kulturelle und zivilisatorische Entwicklung hat zu einer Komplizierung des Wirtschafts- und Rechtslebens geführt, die an die persönlichen Fähigkeiten und Kenntnisse aller daran Beteiligten hohe Anforderungen stellt. Das gilt insbesondere auch für die Gesamthänder, die ihre Arbeitskraft in den Dienst der Gesellschaft stellen. Der Mitarbeit dieser vielfach in der Geschäfts- oder Betriebsführung mitwirkenden Gesellschafter kommt daher regelmäßig auch eine erhebliche Bedeutung zu.

9) vgl. Hübner a.a.O. § 102 (S.675).

10) vgl. Fehr a.a.O. § 10, 3 (S.27).

Hervorhebung bedarf weiterhin, daß der Person der einzelnen Personalgesellschafter heute auch insofern vermehrte Bedeutung beizumessen ist, als sie Träger des den Gesellschaftskredit stärkenden Privatvermögens ist, dessen Wert, gemessen an dem des eigentlichen Gesellschaftsvermögens, namentlich bei BGB-Gesellschaftern heute vielfach eine beträchtliche Höhe erreicht.

Zudem ist zu berücksichtigen, daß die moderne Rechtsordnung für die Fälle, in denen der Gesellschaftserfolg durch Einsatz von Kapital erreichbar ist, spezielle Gesellschaftstypen zur Verfügung stellt. Auch das hat wesentlich dazu beigetragen, daß die Gesamthandsgesellschaften heute grundsätzlich die Rechtsform für diejenigen gesellschaftlichen Zusammenschlüsse darstellen, die ganz oder doch in maßgeblichem Umfang auf die Persönlichkeit der Gesellschafter aufbauen.

Es läßt sich mithin zusammenfassend feststellen, daß die wirtschaftliche Grundlage der Gesamthand einer zwangsläufigen Wandlung unterzogen worden ist: Während sie in der deutschen Frühzeit auch bei Abgang eines Mitglieds regelmäßig eine weitere Realisierung der Gesellschaftszwecke zuließ, ist dies im modernen Rechtsleben nicht mehr der Fall. Dieser Umkehrung der tatsächlichen Verhältnisse entspricht aber die Umkehrung der Rechtsgrundsätze: Im geltenden Recht ist das Ausscheiden nicht mehr, wie in der deutschen Frühzeit, ein generell gültiges Rechtsprinzip, sondern ein Institut, das nur in Ausnahmefällen Geltung beanspruchen kann, nämlich dann, wenn die Gesellschafter durch eine entsprechende Vereinbarung zu erkennen gegeben haben, daß auch nach dem Abgang einzelner von ihnen eine weitere Verfolgung der gesellschaftsvertraglich vereinbarten Ziele möglich ist. In dieser Änderung der Rechtslage ist m.E. aber der rechtstechnische Ausdruck des vorstehend dargestellten Wandels der wirtschaftlichen Gesellschaftsgrundlage zu sehen. Damit ist aber indirekt bereits ausgesprochen, daß ein Ausscheiden - allerdings nur als Folge einer dahingehenden Vereinbarung

der Gesellschafter - auch bei der zweigliedrigen BGB-Gesellschaft stattfindet. Die vorstehend dargelegte Begründung des Rechtswandels zwingt nämlich angesichts des Fehlens einer ausdrücklichen abweichenden gesetzlichen Begriffsbestimmung zu der Annahme, daß sich zwar der Anwendungsbereich des Instituts in vorstehend dargelegtem Umfang verengt hat, daß der historisch gewachsene und überlieferte Begriff aber auch in das Recht der BGB-Gesellschaft insoweit unverändert übernommen wurde, als der Fortbestand der Gesamthand auch hier nicht zu seinen Voraussetzungen zählt. Es würde einem durch sachliche Gründe nicht gerechtfertigten Bruch der Rechtsentwicklung gleichkommen, wollte man - und zwar unter Verengung und Veränderung des Begriffes - ein Ausscheiden nur bei den aus mehr als zwei Mitgliedern bestehenden BGB-Gesellschaften zulassen.

B. Die Verkennung des Begriffs der Anteilsanwachsung durch Lehre und Rechtsprechung

In seiner Abhandlung "Erbrecht und Akkreszenzrecht" führt Wieland aus, daß sich die ursprünglichen Bauteile der Gesamthand in den mannigfach variierenden Erscheinungsformen dieses Grundprinzips unversehrt bis in unsere Zeit erhalten hätten, während bedauerlicherweise in juristischen Kreisen teilweise die Neigung zu bestehen scheine, den noch vorhandenen Überresten mangels genügenden Verständnisses sowohl ihrer geschichtlichen Wurzeln als auch ihrer sozialen Bedeutung die Daseinsberechtigung abzusprechen¹¹⁾. Diese Feststellung Wielands gilt für das Anwachsungsrecht. Sie trifft aber in eben demselben Maße auch für das Institut des Ausscheidens zu. Es sei daher abschließend der Frage nachgegangen, wie es zu dieser Verkennung von Begriff und Anwendungsbereich des Rechtsinstituts kommen konnte.

11) vgl. a.a.O. S.131.

Der Umstand, daß die Gesamthand im modernen bürgerlichen Gesellschaftsrecht vielfach nur für begrenzte Zeit oder zur Realisierung kurzlebiger Ziele begründet wird, sowie die Tatsache, daß der Gesellschafterabgang regelmäßig die Auflösung der Gesellschaft im Sinne des § 730 Abs.1 BGB nach sich zieht, führten dazu, daß die Gesellschaftsbeendigung auf Kosten des Instituts des Ausscheidens an Bedeutung gewann und damit in den Mittelpunkt allgemeinen Interesses rückte. Da der Ausgangs- und Anknüpfungspunkt der Beendigung stets und notwendigerweise in der Auflösung der Gesellschaft besteht, wurde die Liquidation und die Gesellschaftsauflösung als derart zusammengehörig angesehen, daß auch eine Auflösung ohne Liquidation grundsätzlich nicht mehr möglich erschien. Man übersah nun offensichtlich, daß das Rechtsinstitut des Ausscheidens von jeher in einem Grenzfall, nämlich bei Abgang des vorletzten Mitglieds zur Auflösung geführt hatte, ohne daß eine Liquidation des Gesellschaftsvermögens stattgefunden hätte und wurde der Besonderheit dieses Falles damit jetzt nicht mehr gerecht: Es wurde verkannt, daß die in diesem Grenzfall eintretende Gesellschaftsauflösung aus der Perspektive des in Rede stehenden, auch im geltenden Recht gesetzlich verankerten Instituts des Ausscheidens ein irrelevantes Ereignis ist, das in diesem Fall keine eigene Rechtsfolge äußern kann oder - will man dieser Ansicht nicht folgen - dessen allgemeine Wirkung, die Liquidation, jedoch hinter die dem Ausscheiden eigentümliche und speziellere Rechtsfolge, der Anwachsung, zurücktreten muß.

VI. § 142 HGB als Ausdruck eines allgemein
wirksamen Anwachsungsprinzips

A. Rückblick auf die Geschichte des § 142 HGB

§ 142 Abs.3 HGB bestimmt, daß auch bei den zweigliedrigen Gesamthandsgesellschaften des Handelsrechts die Auseinandersetzung nach den "für den Fall des Ausscheidens eines Gesellschafters aus der Gesellschaft geltenden Vorschriften" durchzuführen ist. Damit ist aber bereits gesagt, daß auch § 738 BGB als eine der wesentlichsten dieser Vorschriften entsprechende Anwendung finden soll. Trotz dieser an sich eindeutigen Rechtslage wurde jedoch im ersten Jahrzehnt nach Inkrafttreten des HGB's im Schrifttum vielfach die Ansicht vertreten, daß § 142 dem alleinverbleibenden bisherigen Gesellschafter nur den schuldrechtlichen Anspruch darauf zugestehen, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen. Zu dieser Auffassung, die sich im wesentlichen auf den Wortlaut des ersten und zweiten Absatzes des § 142 HGB stützte, bekannte sich z.B. Pinner in der 8. Auflage des Staub'schen Kommentars¹⁾, während Staub selbst noch in der 6./7. Auflage²⁾ für den Eintritt der Anwachsung eingetreten war. Dieselbe Rechtsansicht findet sich auch bei Turnau und Förster, Liegenschaftsrecht Bd.1 (2.Auflage) zu § 925 Anm.III, 2 und bei Lehmann in der Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht Bd.50 Seite 36, sowie bei Lehmann - Ring, HGB zu § 142 Bemerkung 2 a, 4 und bei Kretschmar in Lobe's Zentralblatt für Freiw. Gerichtsbarkeit Bd.8 Seite 526³⁾. Noch im Jahre 1908 sah sich das Reichsgericht⁴⁾ zu folgender grundsätzlicher Stellungnahme gezwungen:

-
- 1) zu § 142; gegenteiliger Auffassung jedoch in den späteren Auflagen, vgl. z.B. 14.Auflage zu § 142 Anm.3.
 - 2) a.a.O. zu § 142 Anm. 2/3.
 - 3) sämtlich zitiert in RGZ 68/410 (414).
 - 4) vgl. RGZ 68/410 (415).

Wenn geltend gemacht wird, daß in Abs. 1,2 des § 142 dem Gesellschafter nur das (obligatorische) Recht verliehen wird, das Geschäft mit Aktiven und Passiven zu übernehmen, nicht aber eine gesetzliche Übereignung ausgesprochen wird, so ist dabei übersehen, daß auch der entsprechende § 737 BGB den verbleibenden Gesellschaftern zunächst nur ein Ausschließungsrecht einräumt und daß die Ausschließung selbst nach § 737 Satz 3 BGB durch eine von den berechtigten Gesellschaftern abzugebende Erklärung erfolgt. § 142 HGB weicht in Abs.1 (im Anschluß an § 140 a.a.O. und Artikel 128 des alten HGB) nur insofern ab, als er in den von ihm behandelten Fällen eine gerichtliche Entscheidung für erforderlich erklärt. Ob diese Entscheidung, wie im Falle des § 140 HGB, auf die Ausschließung selbst gerichtet ist oder ob sie, wie im Falle des § 142 Abs.1, eine bereits vorliegende oder noch abzugebende Übernahmeerklärung für berechtigt erklärt, ändert, sobald diese Erklärung abgegeben ist (vgl. §§ 141 und 142 Abs.2 HGB), an der Sachlage nichts. Die rechtlichen Folgen sind in dem nach Abs.3 des § 142 HGB maßgebenden § 738 BGB für alle Fälle gleichmäßig geregelt.

Die vorstehend zitierten Ausführungen haben ein weiteres Aufrechterhalten der hier in Rede stehenden Rechtsansicht unmöglich gemacht und damit dem Akkreszenzprinzip im Handelsrecht in vollem Umfange allgemeine Anerkennung verschafft⁵⁾. Ein Eingehen auf die überholte ältere Lehrmeinung ist heute noch insofern von Interesse, als es dazu nötig ist, den Gründen nachzuspüren, die zu dieser unrichtigen Rechtsauffassung führten.

M.E. beruht auch diese Lehrmeinung allein darauf, daß man in Verkennung des Wesens und des Zwecks des Akkreszenzprinzips irrtümlich⁶⁾ davon ausging, daß Anwachsung

5) vgl. Gessler-Hefermehl, Komm. zum HGB Bd.1 zu § 142 Anm.13/14: Anwachsung ist absolut herrschende Lehre.

6) vgl. oben Kap. IV und unten Kap. VII.

nur beim Gesellschafterabgang aus einer vielgliedrigen Gesellschaft stattfinden könne. Man mußte zwar zugestehen, daß der ins gemeine deutsche Recht übernommene römisch-rechtliche Grundsatz von der Unveränderlichkeit des Mitgliederbestandes einer Gesellschaft bei den Gesamthandsgesellschaften des modernen Handelsrechts eine Durchbrechung erfahren hatte. Bedingt durch den vorerwähnten Irrtum sowie offensichtlich auch durch das traditionelle Festhalten an diesem gemeinrechtlichen Grundsatz wurde aber anscheinend nicht erkannt, in welchem Umfang dieser Satz durch das Institut des Ausscheidens und das Anwachsungsprinzip verdrängt worden war: Das heißt, es wurde nicht erkannt, daß diese Institute den entgegenstehenden Grundsatz des römischen Rechts in dem sich aus ihrer Rechtsnatur ergebenden Umfange und mithin auch bei den zweigliedrigen Gesamthandsgesellschaften des Handelsrechts ersetzt haben.

Aus Vorstehendem ist die für die vorliegende Untersuchung aufschlußreiche Folgerung zu ziehen, daß die Kräfte, die im Handelsrecht über ein Jahrzehnt eine rechtsrichtige Auslegung des § 142 HGB behinderten, die gleichen sind, die auch heute noch im bürgerlichen Gesellschaftsrecht der Anerkennung eines allgemein wirksamen Anwachsungsprinzips entgegenstehen. Der Vergleich der Geschichte des § 142 HGB mit der des § 738 BGB berechtigt m.E. demnach zu der Annahme, daß auch die z.Zt. herrschende Auffassung über die Auslegung des § 738 fehl geht.

B. Die gegen die Zulässigkeit eines Gegenschlusses zu § 142 HGB sprechenden Gründe

Seitdem das Anwachsungsprinzip im Handelsrecht uneingeschränkte Anerkennung gefunden hat, dient § 142 HGB vielfach als Ausgangspunkt eines argumentum e contrario⁷⁾.

7) vgl. z.B. Staudinger-Geiler a.a.O. zu § 736,4 Mitte; Cerutti a.a.O. Abschnitt 2. Im Ergebnis ebenso RGZ 65/227 ff; 68/410 ff.

Die Zulässigkeit des Gegenschlusses wird damit begründet, daß es sich bei § 142 HGB um eine Ausnahmenvorschrift handle, die eine ausdehnende Anwendung auf andere als die im HGB geregelten Gesamthandsgesellschaften nicht gestatte.

Einer derartigen Argumentation kann nicht gefolgt werden. Einmal handelt es sich bei § 142 HGB, wie sogleich gesondert darzustellen sein wird⁸⁾, nicht um singuläres, sondern um Regelrecht. Darüber hinaus ist dieser Begründung auch entgegen zu halten, daß der Hinweis auf den Ausnahmecharakter einer Vorschrift zur Rechtfertigung eines Umkehrschlusses allein nicht ausreicht. Erweist sich doch, wie namentlich bei Lehmann klar herausgestellt wird⁹⁾, eine Analogie zu Sondersätzen in engem Rahmen als durchaus möglich und notwendig. - Auch im vorliegenden Fall müßte, selbst wenn man von der (unzutreffenden) Voraussetzung ausgehen würde, daß es sich bei § 142 HGB um einen singulären Satz handle, eine Analogie bejaht werden. Dazu zwingen allein schon die bei Schaffung dieser Bestimmung geltend gemachten, in der Denkschrift zum Entwurf des HGB's¹⁰⁾ niedergelegten Gründe. In dieser Denkschrift wird zu § 140 des Entwurfs (= § 142 des Gesetzes) ausgeführt, daß die Vorschrift bestimmt sei, eine Lücke des geltenden Rechts zu schließen, die sich gerade in der Praxis besonders bemerkbar gemacht habe. Das berechtigste Interesse desjenigen Gesamthänders, der zur Auflösung der Gesellschaft keinen Anlaß gegeben habe, dürfe nicht dadurch verletzt werden, daß die Gesellschaft

8) vgl. Kap. VI C.

9) vgl. Allg. Teil des BGB, § 4 IV 2d: Mit Entschiedenheit muß das Dogma von der angeblichen Unzulässigkeit der Analogie zu Sondersätzen bekämpft werden.

10) in: Die gesamten Materialien zu den Reichsjustizgesetzen, a.a.O.

bei Ausscheiden des vorletzten Partners **zwangsläufig** erlösche. D.h., der Zweck des § 142 HGB bestehe darin, eine völlige Gleichbehandlung des in Rede stehenden Grenzfalles mit den in den §§ 138, 140 HGB geregelten Normalfällen zu erreichen und namentlich den Interessen der bzw. des Verbleibenden in allen diesen Fällen einen gleichwertigen Schutz zukommen zu lassen.

Diese Erwägungen, die auch der Gesetzgeber durch **Annahme** des Entwurfs als maßgebend anerkannt hat, gelten aber für den Bereich der Gesellschaft des bürgerlichen Rechts ebenso wie für den der Gesellschaften des Handelsrechts. Selbst von dem hypothetischen Standpunkt, daß es sich bei § 142 HGB um **jus singulare** handelt, käme man mithin zu dem Ergebnis, daß die Anwachsung, wenn auch nicht bei sämtlichen Gesamthandsgebilden, so aber doch bei sämtlichen Gesamthands **g e s e l l s c h a f t e n** auch im Falle des Ausscheidens des vorletzten Gesamthänders gerechtfertigt ist.

Im Schrifttum wird zur Begründung der Zulässigkeit eines Gegenschlusses ferner vereinzelt geltend gemacht¹¹⁾, daß der tiefere Grund für die unterschiedliche gesetzliche Regelung darin zu sehen sei, daß § 738 BGB nur die Gesellschaft als solche, § 142 HGB hingegen das Unternehmen schütze.

Demgegenüber ist zu bemerken: Bei diesem Argument handelt es sich um eine vom Wortlaut der zitierten gesetzlichen Bestimmungen ausgehende logische Schlußfolgerung. Es ist aber, worauf insbesondere Lehmann¹²⁾ aufmerksam macht, daran festzuhalten, daß sich die Berechtigung zu einem Umkehrschluß niemals auf Grund einer bloßen Wortdeutung und einer rein logischen Schlußfolgerung, sondern immer nur durch eine Würdigung der Interessenlage feststellen läßt. Daß im Falle des Ausscheidens des vorletzten BGB-Gesellschafters nicht ein Umkehrschluß, sondern eine

11) vgl. oben Kap. II Anm.32 und die ähnliche Bemerkung bei Larenz a.a.O. § 56 (S.259).

12) a.a.O. § 8 III 4.

Analogie zu § 142 HGB innerlich gerechtfertigt ist, ergibt sich letztlich daraus, daß diese Vorschrift in Wirklichkeit wohl als Ausfluß eines im geltenden Recht allgemein gültigen Rechtsprinzips aufzufassen ist.

Zum Beweise der Richtigkeit dieser Feststellung sei hier an das Ergebnis der dogmatischen Untersuchung in Kapitel IV dieser Arbeit angeknüpft. Dort wurde dargelegt, daß die Anwachsung eine natürliche Folge der Gesamthandsberechtigung des deutschen Rechts ist und daß sich diese Anwachsung aus der Rechtsnatur dieser Berechtigung namentlich auch im Falle des Ausscheidens des vorletzten Gesamthänders ableiten läßt.

Im IV. Kapitel dienten diese Erkenntnisse zur Führung des Nachweises, daß die Akkreszenz auch bei Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters stattfindet. Die vorstehend wiedergegebenen Untersuchungsergebnisse gelten aber keineswegs nur für die bürgerlich-rechtliche Gesellschaft. Da OHG und KG dieselbe Rechtsnatur besitzen, trifft das Gesagte auch für sie zu: Auch beim Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesamthandshandelsgesellschaft muß daher - solange das Gesetz nichts Gegenteiliges bestimmt - zwangsläufig Anwachsung eintreten, und zwar ohne Rücksicht auf das Bestehen oder Nichtbestehen einer ausdrücklichen dahingehenden gesetzlichen Vorschrift. Angesichts dessen kann § 142 HGB nicht als eine die Akkreszenz begründende Sondervorschrift angesehen werden. Aus dieser Sicht kommt der Bestimmung vielmehr deklaratorische Bedeutung zu. Ihre Notwendigkeit erklärt sich nur daraus, daß Lehre und Rechtsprechung unter der Herrschaft des ADHGB¹³⁾ infolge eines dogmatischen Irrtums¹⁴⁾ in dem in Rede stehenden Grenzfall eine Anwachsung nicht anerkennen wollten.

13) vgl. Entscheidung des ROHG's Bd.11/160 sowie RGZ 7/121; s. auch die diesbezügliche Bemerkung in der Denkschrift zum Entwurf eines HGB's a.a.O. S.273, 5.Abs.

14) vgl. unten Kap. VII A.

C. Auslegung des § 142 HGB anhand eines Rechtsvergleichs

1. Vergleich mit Anwachsungsvorschriften des ehelichen
Güterrechts des BGB

Die Akkreszenz hat nicht nur bei den Gesamthandsgesellschaften des Handelsrechts, sondern auch bei anderen gesamthänderisch gebundenen Gemeinschaften im Falle des Ausscheidens des vorletzten Gemeinschafters gesetzliche Anerkennung gefunden.

Das trifft namentlich für die fortgesetzte Gütergemeinschaft zu. In § 1490 BGB ist dem Fall ausdrücklich Erwähnung getan, daß die aus dem überlebenden Ehegatten und einem gemeinschaftlichen Abkömmling der Ehegatten bestehende zweigliedrige Güterrechtsgemeinschaft durch Tod dieses Abkömmlings erlischt: § 1490 BGB bestimmt, daß bei derartigen Sachlagen eine Konsolidation des Sondervermögens in der Hand des überlebenden Ehegatten stattfinden soll. Dieselbe Rechtsfolge tritt gemäß § 1491 BGB ferner ein, wenn der alleinige anteilsberechtignte Abkömmling auf seinen Anteil am Gesamtgut verzichtet.

Gerade über die Bedeutung, die dieser letztgenannten Vorschrift im Ehegüterrecht zukommt, bestehen im Schrifttum Meinungsverschiedenheiten. In seiner grundlegenden Entscheidung vom 27.2.1907¹⁵⁾ stellt das Reichsgericht fest, daß die einzelnen Gesamthandsgebilde eine feste Gestalt nur nach Maßgabe der konkreten, für sie erlassenen Vorschriften gewinnen können. Es beständen daher große Bedenken, eine Bestimmung, wie sie z.B. der § 1491 IV BGB über die Wirkung des Verzichts eines Abkömmlings enthalte, auf andere Gesamthandsgemeinschaften analog anzuwenden. Das Gericht schließt mit anderen Worten die Möglichkeit nicht aus, daß die Anwachsung auch bei den zweigliedrigen Güterrechtsgemeinschaften erst kraft der positiven Bestimmungen der §§ 1490/91 BGB Anwendung finden kann.

15) a.a.O. S. 236 f.

Die Auffassung des Reichsgerichts ist nicht unwidersprochen geblieben. Dorst bemerkt hierzu in seiner Abhandlung¹⁶⁾, daß es auch im Ehegüterrecht zur Einführung des Akkreszenzprinzips keiner positiven Vorschrift bedürfe. Soweit solche vorhanden seien, seien es "nur Erweiterungen oder Änderungen des Grundsatzes".

Diese Ausführungen Dorst's sind m.E. teilweise nicht ganz unmißverständlich und bedürfen daher der Erläuterung. Obgleich Dorst ganz allgemein von einer Erweiterung oder Änderung des Akkreszenzprinzips durch § 1491 BGB spricht, meint er hiermit aber keineswegs, daß die Anteilsanwachsung erst durch die zitierte Vorschrift auf die zweigliedrige Güterrechtsgemeinschaft ausgedehnt werden wäre. Die Anwendbarkeit des Prinzips in diesen Fällen versteht sich bei ihm von selbst. Ist sie doch nach seiner - auch in vorliegender Arbeit vertretenen Auffassung ein **G r u n d s a t z**, der aus der Rechtsnatur der Gesamthandsberechtigung folgt.

Positive Regeln sind nach seiner Ansicht aber insofern von Wert, als ein praktisches Bedürfnis zur Regelung von **E i n z e l f r a g e n** besteht, als es sich also z.B. darum handelt, den Begriff des Ausscheidens bei der jeweiligen Gesamthandsgemeinschaft in einer Weise zu fassen, die den Besonderheiten des durch sie geregelten Lebensgebietes entspricht. Dem ist beizupflichten. Kann es doch beispielsweise durchaus sinnvoll sein, bei einer Gesamthandsgemeinschaft nur Tod und Verzicht des Berechtigten, bei einer anderen hingegen zusätzlich auch andere Fakten als Ereignisse anzuerkennen, die ein Ausscheiden begründen und damit die Anwachsung auslösen.

Daß sich der Zweck der §§ 1490/91 BGB nach der Ansicht Dorst's in der Regelung derartiger Einzelfragen erschöpft, bestätigt ein Vergleich mit folgender von ihm a.a.O. S.286 angestellten Überlegung: Wären die zitierten Bestimmungen nicht vorhanden, so bemerkt er, bestände die Gefahr, daß

16) a.a.O. S. 286.

der Anteil eines Abkömmlings im Falle seines Todes zu seinem Nachlaß gerechnet würde oder doch den Beteiligten "in anderer Weise" anwüchse, als es nach den erwähnten Vorschriften geschieht.

Im einzelnen kann dieser letzterwähnten Erörterung zwar insoweit nicht gefolgt werden, als Dorst die Möglichkeit für gegeben hält, daß bei Fehlen der §§ 1490 f. BGB erbrechtliche Grundsätze angewendet werden könnten: Den Erben (d.h. also u.a. auch den Abkömmlingen) des Abkömmlings gegenüber wird nämlich das Recht des überlebenden Ehegatten auf Fortbestand der fortgesetzten Gütergemeinschaft noch stärker sein, als gegenüber dem direkten Abkömmling. Zuzustimmen ist Dorst aber hinsichtlich seiner weiteren Behauptung, daß die Akkreszenz bei Fehlen ausdrücklicher Bestimmungen "in anderer Weise" eintreten könnte, als es die §§ 1490 f. BGB bestimmen. Das sei im Nachfolgenden dargelegt.

Bei mehrgliedriger Gesellschaft erscheinen namentlich folgende Möglichkeiten als besonders naheliegend:

a) Es wäre nicht unwahrscheinlich, daß die Anwachsung im Falle des Fehlens einer positiven Anwachsungsbestimmung nach dem Vorbild des älteren deutschen Rechts¹⁷⁾ bei allen Gesamthändern, d.h. sowohl bei dem überlebenden Ehegatten als auch bei den übrigen Abkömmlingen bzw. - bei bislang dreigliedriger Gemeinschaft - bei dem Ehegatten und dem alleinverbleibenden Abkömmling gleichermaßen¹⁸⁾ eintreten würde (Akkreszenz nach Köpfen).

b) Zum selben Ergebnis würde die naheliegende Annahme führen, daß der Tod (Wegfall) des Abkömmlings hinsichtlich seines Anteils am Gesamtgut zwar keinen Erbgang auslöst, daß sich aber innerhalb der Gütergemeinschaft die Person des Anwachsungsberechtigten nach den allgemeinen

17) vgl. Hübner a.a.O. 1.Buch, Personenrecht, S.142;
2.Buch, Sachenrecht, S.230 (Mitte).

18) vgl. die abweichende Regelung gem. § 1490 Satz 3 BGB.

Regeln über die gesetzliche Erbfolge bestimmt¹⁹⁾. Da Erben erster Ordnung voraussetzungsgemäß²⁰⁾ nicht vorhanden sind, der Abkömmling auch nicht testieren kann²¹⁾, blieben als Anwachsungsberechtigte allein die Erben zweiter Ordnung übrig, d.h. der überlebende Ehegatte und die übrigen gemeinschaftlichen Abkömmlinge bzw. - bei der bislang dreigliedrigen Gemeinschaft - der überlebende Ehegatte und der alleinverbleibende Abkömmling.

c) Eine weitere Möglichkeit bestände darin, die grundlegende güterrechtliche Regelung des § 1487 BGB, derzufolge nur die gemeinschaftlichen Abkömmlinge die Stelle des verstorbenen Ehegatten einnehmen sollen, auch bei Wegfall eines Abkömmlings konsequent durchzuführen, d.h. die Abkömmlinge als *re conjuncti*²²⁾ aufzufassen²³⁾.

Die Akkreszenz vollzöge sich dann zunächst allein bei ihnen und erst nach ihrem Wegfall bei dem überlebenden Ehegatten. Es handelt sich hier mithin um eine Regelung, für die sich auch der Gesetzgeber entschieden hat.

d) Dem Gesetzgeber bot sich auch die Möglichkeit an, die entsprechende Vorschrift des Gesetzes über die Westf. Gütergemeinschaft zu übernehmen, die auch den Ehegatten des verstorbenen Abkömmlings in den Kreis der Anwachsungsberechtigten einbezieht²⁴⁾.

19) Daß eine derartige Regelung diskutabel ist, beweisen die Motive zum Gesetz über die Westf. Gütergemeinschaft vom 16.4.1860, in denen ausgeführt wird, daß "das System der prorogierten Gütergemeinschaft seinem Wesen und seinen Zwecken nach nicht unbedingt die allgemeine Erbtheorie des gemeinen Rechts verfolgen kann"; vgl. Welter-Schultz S.447 zit. bei Bötttrich a.a.O. S.96.

20) Sie würden den Eintritt der Anwachsung verhindern, vgl. § 1490 Satz 3 BGB.

21) vgl. hierzu Palandt-Lauterbach a.a.O. zu § 1490 Anm.1.

22) vgl. Sohm a.a.O. S.719.

23) Ähnlich verhält es sich im Erbrecht, wenn mehrere Erben auf einen Erbteil eingesetzt sind und einer von ihnen nachträglich wegfällt. Die Anwachsung findet in diesem Fall zunächst zwischen ihnen statt, § 2094 I, 2 BGB und Dietz a.a.O. § 20 IV.

24) vgl. § 16 Prov.-Ges. vom 16.4.1860 und unten Anm.25.

Bei zweigliedriger, d.h. von dem überlebenden Ehegatten mit nur einem Abkömmling fortgesetzter ehelicher Güterrechtsgemeinschaft ist die Lage eine ähnliche: Zwar führt nach den vorstehend zu a) - c) dargestellten Erscheinungsformen der Akkreszenz der Wegfall des einzigen Abkömmlings stets zum Eintritt der Anwachsung bei dem überlebenden Ehegatten. Bei der gem. dem zu d) erörterten Grundsatz ausgestalteten Anwachsung tritt aber ein hiervon abweichendes Ergebnis ein. Nach dieser Spielart der Anwachsung kommt auch in dem in Rede stehenden Grenzfall der Ehegatte des Abkömmlings als Anwachsungsberechtigter in Betracht.

Auch bei der zweigliedrigen Gütergemeinschaft bliebe mithin im Falle des Fehlens ausdrücklicher Anwachsungsvorschriften letztlich unklar, in welcher Weise sich die Akkreszenz im einzelnen vollzöge.

Die vorstehende Darlegung zeigt, daß gute Gründe dagegen sprechen, die §§ 1490 f. BGB - und zwar insbesondere auch insoweit, als sie sich auf die zweigliedrige Gemeinschaft beziehen - in dem vom Reichsgericht in der zitierten Entscheidung angedeuteten Sinne, d.h. als Sonderrechtssätze, zu verstehen. Zusammenfassend ist vielmehr hervorzuheben, daß die in Rede stehenden Vorschriften auch sinnvoll sind, wenn man davon ausgeht, daß die Anwachsung bei der zwei- und mehrgliedrigen Gemeinschaft zwangsläufig und ohne ausdrückliche Bestimmung eintritt: Unter diesen Voraussetzungen sind sie insofern sogar notwendig, als sie durch die Klärung von Einzelfragen, d.h. durch die Umreißung der Tatbestände, die jeweils als Ausscheiden anerkannt werden sollen, sowie durch die Regelung der Art und Weise der Anwachsung, der Rechtssicherheit dienen.

2. Vergleich mit Anwachsungsvorschriften des Westfälischen Ehegüterrechts

Der vorliegende Rechtsvergleich wäre unvollständig, wenn hier nicht zugleich auch darauf eingegangen würde, welchen Umfang das Akkreszenzprinzip in der weitgehend auf deutschrechtlichen Grundsätzen aufbauenden Westf. Gütergemeinschaft gefunden hätte. § 16 des pr. Prov.-Gesetzes vom 16.4.1860²⁵⁾ bestimmt:

An die Stelle eines während der fortgesetzten Gütergemeinschaft verstorbenen Kindes treten bei der Schichtung oder Auseinandersetzung (§ 15) ausschließlich dessen Abkömmlinge und sein hinterlassener Ehegatte, soweit diesem Letzteren ein Anteil an dem Nachlasse des Kindes gebührt.

Vor Aufhebung der fortgesetzten Gemeinschaft dürfen die Kinder über ihren Anteil an der Gemeinschaft unter Lebendigen und von Todes wegen nur zu Gunsten ihrer Abkömmlinge, Ehegatten oder der übrigen Mitberechtigten der Gütergemeinschaft verfügen.

In Ermangelung einer solchen Verfügung wächst der Anteil eines verstorbenen Kindes, sofern derselbe nicht auf dessen Nachkömmlinge oder hinterlassenen Ehegatten übergeht, den Anteilen der übrigen Kinder zu.

Nach dem Wortlaut des Absatzes 3 käme eine Anwachsung schon in dem Fall nicht in Betracht, in dem der überlebende Ehegatte die Gütergemeinschaft mit zwei anteilsberechtigten Abkömmlingen fortsetzt. Auch in diesem Falle wären keine "übrigen Abkömmlinge" vorhanden. Es ist aber

25) d.h. des Ges. betr. das ehel. Güterrecht in der Provinz Westfalen und den Kreisen Rees, Essen und Duisburg vom 16.4.1860 in der durch das preuß. Ausführungsgesetz zum BGB vom 20. Sept. 1899 geänderten Fassung.

anerkanntes Recht, daß die zitierte Bestimmung auch auf das Ausscheiden des vorletzten und letzten Abkömmlings Anwendung findet. So hat das Kammergericht²⁶⁾ unter Zustimmung der Lehre angenommen, daß, falls der Überlebende Ehegatte die Gemeinschaft nur mit einem Kinde fortsetzt und dieses stirbt, der Anteil des Kindes dem Überlebenden Ehegatten anwächst. Welter²⁷⁾, der Verfasser des Gesetzesentwurfes über die Westf. Gütergemeinschaft hat sich zwar dahingehend geäußert, daß diese Akkreszenz auf Erbfolge beruhe. Demgegenüber bemerkt Böttlich²⁸⁾, daß aber ein Verzicht auf den Nachlaß des Kindes, d.h. die Erbschaftsausschlagung, den Anfall des Anteils, den der Abkömmling am Gesamtgut hat, nicht berühren würde. Dieser Anteil könne nicht an andere außerhalb des Kreises der Gemeinschaft stehende Personen fallen und müsse daher, wie sich aus dem Wesen der Gütergemeinschaft ergebe, notwendigerweise dem Überlebenden anwachsen.

Nach Westf. Güterrecht können die an der fortgesetzten Gütergemeinschaft teilnehmenden gemeinschaftlichen Abkömmlinge der Ehegatten nicht, wie es nach BGB der Fall ist, durch einseitige Erklärung gegenüber dem Nachlaßgericht auf ihren Anteil am Gesamtgut verzichten²⁹⁾. Gemäß § 16 Absatz 2 ProvG besteht für sie nur die Möglichkeit, unter Lebenden oder letztwillig zu Gunsten ihrer Ehegatten, Abkömmlinge oder Mitgemeinschaftler zu verfügen. An dieser Regelung verdient besondere Hervorhebung, daß auch die Ehegatten der Abkömmlinge zum Kreis der eintrittsberechtigten Personen gehören. Es sind somit Fälle denkbar, in denen der Überlebende Ehegatte die Gesamthand allein mit seinem Schwiegersohn bzw. mit seiner Schwiegertochter fortsetzt.

26) Jahrbuch 44 S.116 f.

27) bei Böttlich, die Westf. Gütergemeinschaft a.a.O. S.97.

28) a.a.O. S. 97/98.

29) vgl. Entscheidung des OLG Hamm vom 26.2.1915 (2 U 150/14) und vom 26.11.1920 (3 U 13/19), zit. bei Böttlich a.a.O. S.129.

Dieselbe Sachlage, die nach Vorstehendem durch eine Verfügung unter Lebenden oder durch Erbfolge zu erzielen ist, kann auch auf einem dritten Wege eintreten. Das zeigt folgender vom Pr. Obertribunal entschiedene Fall³⁰⁾.

Der Überlebende Ehegatte und Vater hatte mit seinem alleinigen anteilsberechtigten Abkömmling A in fortgesetzter Gütergemeinschaft gelebt. A, der mit seinem Ehegatten gleichfalls in Westf. Gütergemeinschaft lebte, war jedoch unter Hinterlassung seines Ehegatten E und seines Abkömmlings K verstorben. Die zwischen E und K fortgesetzte Gütergemeinschaft wurde durch den Tod des K beendet. Es besteht, wie Böttlich³¹⁾ ausführt, nun kein Zweifel daran, daß der Anteil eines an einer fortgesetzten Gütergemeinschaft beteiligten Abkömmlings, falls dieser mit seinem Ehegatten gleichfalls in Westf. Gütergemeinschaft lebt, in das Gesamtgut dieser Gemeinschaft fällt. Der Ehegatte des Abkömmlings sei somit sogleich anteilsberechtig. Mit dem Tode des Abkömmlings fiele dessen Anteilsrecht in die zwischen seinem Ehegatten und seinem Abkömmling fortgesetzte Gütergemeinschaft. Durch die mit Tod dieses Abkömmlings eingetretene Beendigung der Gemeinschaft werde der Ehegatte alleiniger Anteilsberechtigter.

Auch hier lebt somit der Überlebende Vater mit dem Ehegatten seines Kindes in fortgesetzter Gütergemeinschaft. Angesichts dieser außergewöhnlichen Sachlage drängt sich die Frage auf, welche Rechtsfolge der Tod dieses Ehegatten nach sich zieht. Die Untersuchung dieses Falles ist insofern von besonderem Interesse, als der möglicherweise anwachsberechtigte Vater nicht zugleich auch der Erbberechtigte ist: Damit ist mit Sicherheit ausgeschlossen, daß der Anteil durch Beerbung an den Überlebenden Ehegatten (und Vater) fällt. Der Anteil des Ehegatten des Abkömmlings könnte daher - wenn überhaupt - allein durch Akkreszenz auf ihn übergehen,

30) Entscheidung des Pr. Obertribunals Bd.59 S.182, zit. bei Böttlich a.a.O. S. 96 f.

31) a.a.O. S. 96.

Diese Auffassung wird denn auch von Böttlich vertreten, und zwar aus folgenden Gründen. Nähme man an, so bemerkt er, daß die Erben des Ehegatten in die Gesamthand einträten, so würde die fortgesetzte Gütergemeinschaft ihren Charakter als rein familiäres Verhältnis verlieren, da sie nunmehr Rechtsbeziehungen zwischen einander fremden Personen schaffen würde. Das aber widerspräche dem Wesen der fortgesetzten Gütergemeinschaft und damit dem Sinn des Gesetzes. Böttlich verweist auch in diesem Zusammenhang auf § 16 Abs.1 ProvG, demzufolge an die Stelle eines verstorbenen Abkömmlings nur dessen Ehegatte und Abkömmlinge treten können. Der Sinn dieser Regelung sei nur darin zu sehen, daß anderen, d.h. fremden Personen der Eintritt in die Gemeinschaft verwehrt sein solle. Die Mitberechtigung der Abkömmlinge sei eben weder frei veräußerlich noch vererblich. Sie trage vielmehr "die aus dem Familienverhältnis sich ergebende Begrenzung in sich"³²⁾. Daraus, so folgert Böttlich m.E. zu Recht, ergebe sich, daß sich das Gesamtgut in der Hand des alleinverbleibenden Mitberechtigten, nämlich des überlebenden Ehegatten, konsolidiere.

3. Vergleich mit Anwachsungsvorschriften des geltenden Erbrechts

Daß die Akkreszenz auch im Erbrecht uneingeschränkt und daher auch bei Wegfall des vorletzten Miterben gilt, bedarf hier keiner besonderen Erörterung. Hervorhebung verdient aber in dieser rechtsvergleichenden Darstellung die eigentümliche Art, in der der Gesetzgeber die sog. Erbteilerhöhung³³⁾ geregelt hat.

In § 1935 BGB, der einzigen Bestimmung, die sich über die Erbteilerhöhung verhält, ist die Akkreszenz nur bei-

32) a.a.O. S.97.

33) d.h. also die Anwachsung im Falle des Wegfalls eines gesetzlichen Miterben, vgl. Dietz a.a.O. § 5 (S.39).

läufig erwähnt. Der eigentliche Normzweck dieser Bestimmung besteht nämlich in der Regelung von Einzelfragen und keineswegs darin, dem Prinzip grundsätzliche Anerkennung zu verschaffen. Aber auch der Teil der Vorschrift, der speziell die Anwachsung betrifft (" ... und erhöht sich infolgedessen der Erbteil eines anderen gesetzlichen Erben ..."), verdankt seine Aufnahme in den Gesetzestext nicht einer prinzipiellen Absicht des Gesetzgebers, dieses Rechtsinstitut zur Geltung zu bringen. Dieser Teil des Wortlauts soll vielmehr nur andeuten, daß der Wegfall eines Miterben nicht unter allen Umständen zu einer Erbteilserhöhung führt³⁴⁾, daß § 1935 BGB aber nur bei Vorliegen einer derartigen Erhöhung Anwendung finden soll. - Die Geltung des Anwachsungsprinzips im Bereich der gesetzlichen Erbfolge läßt sich somit nur mittelbar aus der zitierten Bestimmung schließen. Das rechtfertigt m.E. die Annahme, daß der BGB-Gesetzgeber die Fortgeltung des Anwachsungsprinzips bereits bei Schaffung des § 1935 BGB als eine derartige Selbstverständlichkeit angesehen hat, daß sie keiner besonderen gesetzestechnischen Anerkennung bedürfe.

Der vorstehende Rechtsvergleich ist m.E. als eine Bestätigung dafür zu werten, daß es nicht angeht, die Vorschriften des § 142 HGB als singuläres Recht zu betrachten. Bei § 142 HGB handelt es sich, wie dargelegt, vielmehr um den Ausfluß eines Prinzips, das ebenso wie im Handelsrecht auch in verschiedenen anderen Gesamthandsgemeinschaften des geltenden Rechts uneingeschränkt Anerkennung gefunden hat und das sich damit als allgemeines Rechtsinstitut ausweist. Die analoge Anwendung der Bestimmung auf den Fall des Ausscheidens des vorletzten

34) vgl. §§ 1924 III, 1965 III, 1931 I BGB und Palandt zu § 1935 Anm.3.

BGB-Gesellschaftern erhält damit ihre innere Rechtfertigung³⁵⁾.

D. Anwachsung aus Gründen der Rechtssicherheit?

Zunächst sei vollständigkeithalber auch an dieser Stelle kurz darauf hingewiesen, daß im Schrifttum wiederholt die Ansicht vertreten worden ist, daß eine unterschiedliche Behandlung des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters bei BGB- und Gesamthandshandelsgesellschaften insofern gerechtfertigt sei, als nur bei OHG und KG die Aufrechterhaltung der Zweckwidmung durch den Fortbestand des "Geschäfts" verlautbart werde. Bereits in anderem Zusammenhang³⁶⁾ ist dieses Argument ausführlich behandelt worden, so daß hier - unter Vermeidung einer weiteren Stellungnahme - sogleich auf folgende eigenständige Überlegung eingegangen werden kann:

Nach geltendem Recht läßt sich jede Gesamthandsgemeinschaft unter Wahrung ihrer Identität in eine Gesellschaft einer der übrigen gesamthänderischen Rechtsformen umwandeln. Eine BGB-Gesellschaft kann daher ebenso in eine OHG oder KG überführt werden, wie dies auch umgekehrt der Fall ist. Diese Umwandlungen der Gesellschaftsform vollziehen sich teilweise "automatisch". Eine derartige automatische Veränderung der Rechtsform liegt z.B. vor, wenn eine BGB-Gesellschaft ein Vollhandelsgewerbe aufnimmt.

35) Zum gleichen Ergebnis kommt Fischer in BGB-RGR-Komm. zu § 736 Anm. 6 nach folgender Überlegung: Zwischen BGB-Gesellschaft und den Personalhandelsgesellschaften bestände insofern ein gewichtiger Unterschied, als das Geschäftsvermögen bei den Handelsgesellschaften - durch den Betrieb des Handelsgeschäftes - stärker zweckgebunden sei. Dieser Unterschied rechtfertige aber trotzdem nicht die Ablehnung einer Analogie zu § 142 HGB, weil sich der in dieser Vorschrift zum Ausdruck gelangte Rechtsgedanke schon aus dem Gesamthandsprinzip ergebe.

36) vgl. hierzu oben Kap. III E sowie A.20 daselbst.

Sie tritt ebenso ein, wenn eine OHG ihr Handelsgewerbe einstellt oder wenn das Unternehmen, sei es freiwillig oder unfreiwillig, auf den Umfang eines Kleinhandelsgewerbes absinkt. Der erstere Fall ist z.B. gegeben, wenn die OHG nach ihrer Auflösung durch die Eröffnung des Konkurses³⁷⁾ die Fortsetzung der Gesellschaft mit der Maßgabe beschließt³⁸⁾, nicht die Förderung der bisherigen Gesellschaftsziele fortzusetzen, sondern ausschließlich ihr Restvermögen zu verwalten³⁹⁾.

Auch in Zeiten, in denen derartige Gesellschaftsumwandlungen bevorstehen oder bereits stattgefunden haben, kann sich selbstverständlich das Ausscheiden einzelner Gesellschafter vollziehen. Ein solches Zusammentreffen von Umwandlung und Ausscheiden wird in der Praxis gar nicht so selten vorkommen. Wenn nämlich das Unternehmen einer OHG auf das Niveau eines Kleinhandelsgewerbes absinkt, wird das Geschäft allen Gesellschaftern vielfach keine ausreichende wirtschaftliche Existenzgrundlage bieten können, so daß es aus diesem Grunde zur Verringerung des Mitgliederbestandes kommt. Andererseits wird eine sich infolge wirtschaftlichen Aufschwungs zur OHG umwandelnde BGB-Gesellschaft durch die guten wirtschaftlichen Verhältnisse in die Lage versetzt, langgehegte Auseinandersetzungsvorhaben zu verwirklichen.

Bei zweigliedrigen Gesellschaften wird aber gerade nach herrschender Lehre in der Mehrzahl dieser Fälle zweifelhaft sein, ob Anwachsung eingetreten ist oder nicht. Denn wenn auch der Zeitpunkt des Ausscheidens stets genau feststellbar ist, so wird doch sehr häufig unklar sein, zu welchem Zeitpunkt sich die Umwandlung vollzogen

37) vgl. § 131 Nr. 2 HGB.

38) vgl. § 144 HGB.

39) vgl. RGZ 155/83 sowie zum Ganzen Baumbach-Duden a.a.O. Einf. zu Buch II Anm. 4 A.

hat, d.h. ob sie vor oder nach dem Ausscheiden stattfand. Die diesbezüglichen Feststellungen werden dadurch erheblich erschwert, daß die Frage, ob eine Änderung der Rechtsform eingetreten ist, endgültig erst nach Ablauf einer gewissen Frist rückblickend beantwortet werden kann. Nach anerkanntem Recht ist nämlich ein zeitweiliges Absinken des Betriebes einer OHG zum Kleinhandelsgerwerbe auf den Bestand der OHG ohne jeden Einfluß⁴⁰⁾.

Die durch die aufgezeigten Umstände bedingte Rechtsunsicherheit kann vom Gesetzgeber nicht beabsichtigt sein. Aus Gründen der Rechtssicherheit ist daher die Gleichbehandlung von BGB-Gesellschaft und OHG bzw. KG in der in Rede stehenden Beziehung zu befürworten.

E. Der Zeitpunkt des Vermögensüberganges

Da die gemäß § 142 HGB eintretende Anwachsung, wie die vorliegende Untersuchung gezeigt hat, Ausfluß desselben Prinzips ist, das auch im bürgerlichen Gesellschaftsrecht - und zwar auch bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters - gilt, kann davon ausgegangen werden, daß sich die Anwachsung bei der BGB-Gesellschaft und bei den Gesamthandshandelsgesellschaften grundsätzlich im gleichen Zeitpunkt vollzieht:

In der Literatur wird fast einhellig die Ansicht vertreten, daß die Mitberechtigung des vorletzten Gesamthandsgesellschafters am Sondervermögen im Augenblicke des Ausscheidens, d.h. zugleich mit der Beendigung der personenrechtlichen Beziehungen, erlösche⁴¹⁾. Im handelsrechtlichen Schrifttum findet sich vereinzelt allerdings auch

40) vgl. z.B. Baumbach-Duden a.a.O. zu § 4 Anm. 2 B.

41) vgl. für das Handelsrecht: Staub-Pinner a.a.O., 14. Auflage, zu § 142 Anm. 3; für das bürgerliche Recht Hueck a.a.O. § 10 II 2 (S. 41).

die Auffassung, daß die Mitberechtigung des Ausscheidenden erst mit der tatsächlichen Ausweisung des Liquidationsguthabens untergehe. Diese Ansicht wird bei Wieland⁴²⁾ mit folgender Begründung verfochten.

Wenn der übernehmende Gesellschafter nach Ausscheiden seines Kompagnons in Konkurs fiele, könnten nach herrschender Lehre seine sämtlichen Gläubiger Befriedigung aus dem Gesellschaftsvermögen verlangen. Der Ausscheidende müßte daher seinen Anspruch auf Abfindung gleich den Privatgläubigern als Konkursforderung geltend machen. Der sich aus dem Gesamthandsprinzip ergebende Ausschluß der Privatgläubiger würde nach dieser Lehre mithin bereits mit dem Ausscheiden enden. Der Ausscheidende habe seine Gesellschaftseinlage aber unter der Bedingung geleistet, daß sie nur zu gesellschaftlichen Zwecken verwendet werde: So wenig die Zwangsvollstreckung bei stehender Gesellschaft zu Gunsten eines Privatgläubigers in das Sondervermögen betrieben werden könne, so wenig brauche dies der Ausscheidende vor Erhalt seiner Abfindung zu dulden.

Daß die Rechte des ausscheidenden Gesellschafters in der von Wieland dargestellten Weise gefährdet oder geschädigt werden können, ist nicht in Abrede zu stellen. Allein, bei Gesamthandsgesellschaften ist eine Beeinträchtigung der vermögensrechtlichen Interessen der Mitglieder durch einzelne Mitgesellschafter nicht systemfremd oder gar systemfeindlich. Die Personalgesellschaft baut bekanntlich auf die Persönlichkeit der einzelnen Gesellschafter, d.h. namentlich auf seine persönliche Mitarbeit und seine Haftung für die Gesellschaftsschulden auf. Wenn ein einzelner Gesellschafter das Vertrauen der bzw. des übrigen auf seine Kreditwürdigkeit nicht rechtfertigt, so kann deren bzw. dessen Vermögen hierdurch nicht nur *n a c h* dem Ausscheiden, sondern auch bereits

42) Handelsrecht a.a.O. § 56 II 2 Anm. 12 (S. 649 f).

v o r h e r in Mitleidenschaft gezogen werden. Im letzteren Fall besteht der einzige - und zudem irrelevante - Unterschied lediglich darin, daß der Schaden in einer anderen Form eintritt: z.B. darin, daß die Gesellschaft durch Kündigung seitens der Privatgläubiger⁴³⁾ aufgelöst wird und es so zur Vernichtung der oft beträchtlichen Organisationswerte kommt oder daß die Gesellschaft dadurch in Bedrängnis gerät, daß ihr durch die von den Privatgläubigern erzwungene Ausschließung des Gesellschafters⁴⁴⁾ dringend für die Gesellschaftserhaltung benötigte Finanzmittel entzogen werden.

Zur Stützung seiner Lehrmeinung argumentiert Wieland ferner wie folgt: Beim Ausscheiden eines Gesellschafters und bei der Auflösung der Gesellschaft handele es sich um "analoge Vorgänge". Der Anspruch auf die Liquidationsquote sei in beiden Fällen ein Teilungsanspruch⁴⁵⁾, d.h. er sei als solcher auf Gemeinschaftsteilung gerichtet. Erst wenn man daran festhalte, daß die Mitträgerschaft - dem Wesen der Rechtsgemeinschaft entsprechend - nur durch Teilung ende, gewinne man für die rechtliche Bestimmung des Akkreszenzrechtes festen Grund. Durch die Teilung, so hebt Wieland hervor, werde nämlich die bisherige Mitberechtigung der Sozii an der ganzen Vermögenszusammenfassung in äquivalente ausschließliche Berechtigungen an einem Teil des Sondervermögens umgewandelt. Daraus erkläre sich das Freiwerden der bislang gesamthänderisch gebundenen Rechte in der Hand des Übernehmers. Da der Ausscheidende ferner auch keineswegs schon zuvor auf seine Mitberechtigung verzichtet habe, sei es nicht gerechtfertigt, ihn gegenüber den Gesellschaftern im Falle der Auflösung zu benachteiligen.

43) vgl. für das bürgerliche Recht § 725 BGB und für das Handelsrecht § 135 HGB.

44) vgl. für das bürgerliche Recht § 737 BGB und Hueck a.a.O. § 10 II 1 b B (S. 41 oben); für das Handelsrecht §§ 141, 142 II HGB.

45) vgl. namentlich Binder, Rechtst. III S.79 f., zit. bei Wieland HGB-Komm. a.a.O. § 56g Anm.12.

Auch dieses Argument Wielands vermag nicht zu überzeugen, da es einem allgemein anerkannten rechtsdogmatischen Grundsatz zuwiderläuft. Es ist daran zu erinnern, daß der Verlust der Mitberechtigung an den zur Gesellschaft gehörigen Gegenständen nicht infolge eines hierauf gerichteten Verzichtes, d.h. infolge eines rechtsgeschäftlichen Vorganges eintritt, sondern eine zwangsläufige und automatische Folge der Lösung der personenrechtlichen Bindung ist: Ist doch der Anteil am Gesellschaftsvermögen nach allgemeiner Ansicht überhaupt kein subjektives Recht, sondern Teil und Ausfluß der Mitgliedschaft. Er ist, wie Staudinger-Geiler⁴⁶⁾ formuliert, diese Mitgliedschaft in ihrer Bezogenheit auf das Gesellschaftsvermögen. Damit ist aber bereits ausgesprochen, daß diese vermögensrechtliche Mitberechtigung das rechtliche Schicksal der Mitgliedschaft teilt, d.h. in dem hier in Rede stehenden Fall zugleich mit dieser erlischt. Diesem Gesichtspunkt haben sich sämtliche übrigen Erwägungen, da sie im Gesetz keinen Anhalt finden, unterzuordnen⁴⁷⁾.

46) a.a.O. Vorbem. 47b vor § 705.

47) Ebenso Kessler bei Staudinger-Geiler a.a.O. zu § 736 I 2.

VII. Spricht die Entstehungsgeschichte der
BGB-Gesellschaft für die analoge Anwen-
dung des § 738 I, 1 BGB ?

A. Der enge Wortlaut des § 738 I, 1 BGB - die Folge
eines rechtsdogmatischen Irrtums des Gesetzgebers?

Bei der Ermittlung des Anwendungsbereichs eines Rechts-
satzes kommt, namentlich nach ontologischem Rechtsdenken,
den Argumenten, die sich aus seiner Entstehungsgeschich-
te herleiten, nur die Bedeutung von Nebenerwägungen zu.
Auch die nachfolgende, sich auf die Gesetzesmaterialien
zu § 738 BGB stützende Untersuchung kann daher nicht als
ein vollwertiger Beweis für den Eintritt oder Nichtein-
tritt der Anwachsung bei Ausscheiden des vorletzten BGB-
Gesellschafters angesehen werden. Sie ist vielmehr nur
insofern von Interesse, als sich hier die Möglichkeit
bietet, eine Bestätigung für die in den vorausgegangenen
Kapiteln dargelegte Rechtsauffassung zu erhalten.

Die entstehungsgeschichtliche Untersuchung hat sich vor-
nehmlich mit dem während der Beratung der zweiten Kommis-
sion in den Gesetzentwurf gelangten § 568 E II zu befas-
sen, der später als § 738 BGB unverändert Gesetzeskraft
erlangt hat. Auf den ersten Blick hat es den Anschein,
als ob die Schöpfer dieser Bestimmung beabsichtigt hät-
ten, die Anwachsung auf die Fälle zu beschränken, in de-
nen nach Ausscheiden einzelner Mitglieder noch eine Per-
sonenmehrheit zurückbleibt.

Für diese Ansicht spricht zunächst, daß nicht nur in
§ 568 E II selbst, sondern auch bei der Beratung und Ab-
stimmung der zweiten Kommission¹⁾ ausschließlich davon
die Rede war, daß die Anwachsung bei "den übrigen Gesell-
schaftern" oder, wie es an anderer Stelle²⁾ beispiels-

1) vgl. Protokoll 139 a.a.O. S. 445 und 446 Mitte.

2) vgl. z.B. a.a.O. S. 446 unten.

weise heißt, bei "den übrigbleibenden Mitgliedern", bei "den in der Gesellschaft verbleibenden Gesellschaftern" eintreten solle.

Eine nähere Prüfung zeigt indes, daß diesem Wortlaut ein derartiger, den Anwendungsbereich der Anteilsanwachsung beschränkender Sinngehalt nicht zukommt. Bei der Auslegung des mit dem § 738 BGB übereinstimmenden § 568 E II ist nämlich folgendes in Betracht zu ziehen:

Noch bei Schaffung des BGB's war die Rechtsnatur der Gesamthand Gegenstand lebhaften Meinungsstreits³⁾. Aus den Protokollen zum zweiten Entwurf geht hervor, daß auch die Beratungen der zweiten Kommission über die Ausgestaltung der Gesamthand unter dem Eindruck dieses Meinungsstreites gestanden haben. Ein anschauliches Bild des Streitstandes vermittelt das Protokoll 137⁴⁾, das daher im Nachfolgenden auszugsweise im Wortlaut wiedergegeben sei:

Während man über die sachlichen Verschiedenheiten der beiden Systeme⁵⁾ im wesentlichen einig war, gingen die Meinungen darüber auseinander, wie die Rechtsgemeinschaft der gesamten Hand theoretisch zu konstruieren und was als ihr charakteristisches Merkmal anzusehen sei.

Von einer Seite wurde die in der Wissenschaft als herrschend bezeichnete Ansicht vertreten, daß auch bei dem Eigentume nach der gesamten Hand ein Quoteneigentum der Gesellschafter an den einzelnen Ver-

3) Es wurden vertreten

- a) die Theorie der geteilten Mitberechtigung, vgl. Laband in ZHR 30/1 ff;
- b) die Theorie der Anteile kraft Personenrechts, vgl. Sohm, der Gegenstand S.71;
- c) die ältere Theorie der ungeteilten Gesamthandsberechtigung, nach der die Gesellschaft als solche Trägerin des Gesellschaftsvermögens ist; vgl. RGZ 25/252 ff (256).

4) vgl. a.a.O. S. 429 f.

5) nämlich des römisch-rechtlichen und des deutsch-rechtlichen Gesellschaftssystems.

mögensstücken bestehe, weil ohne Quotenteilung ein Miteigentum nicht denkbar sei; die einzelnen Teile seien zwar nicht bestimmt, aber doch in jedem Augenblicke bestimmbar. Der charakteristische Unterschied zwischen dem Gesamteigentum und dem römischen Miteigentum liege einerseits darin, daß bei der gesamten Hand die einzelnen Anteile beweglich und ohne einen besonderen Übertragungsakt zu ideellen Teilen zwischen den Gesellschaftern veränderlich seien, andererseits darin, daß die gesamte Hand ein gewisses persönliches Verhältnis zwischen den einzelnen Gesellschaftern mit sich bringe, weil man nur gemeinschaftlich handeln könne.

Diese Auffassung blieb nicht ohne Widerspruch. Man wies darauf hin, daß auch nach römischem Recht die Anteile der einzelnen Gesellschafter bewegliche seien, sofern sie sich beim Austritt oder beim Aus-schluß eines Gesellschafters aus der im übrigen fortbestehenden Gesellschaft ohne besonderen Übertragungsakt ändern, und daß ferner auch nach römischem Recht ein persönliches Vertrauensverhältnis zwischen den Gesellschaftern bestehen müsse, eben weil sie sich nur obligatorisch verpflichtet seien.

Eine dritte Meinung ging dahin, daß von Anteilen der Gesellschafter an den einzelnen Vermögensstücken bei der gesamten Hand nicht die Rede sein könne, wie sich schon daraus ergebe, daß möglicherweise bei der Auseinandersetzung ein Gesellschafter von den vorhandenen Vermögensstücken nichts erhalte. Allerdings sei die Aufstellung von Grundsätzen für die Verteilung des Gewinns und des Erlöses bei einer Auseinandersetzung unerlässlich; hieraus folge aber nicht, daß den Gesellschaftern während der Dauer einer Rechtsgemeinschaft nach gesamter Hand Anteile an den einzelnen Vermögensstücken zustehen. Bei Miteigentum seien feste Regeln über die Verteilung der Früchte und des etwaigen Erlöses der einzelnen Sachen gege-

ben und der ideelle Anteil des Miteigentümers jederzeit frei übertragbar. Die Beschränkung der Verfügungsfreiheit des Gesellschafters wurde auch von anderer Seite als das charakteristische Merkmal der gesamten Hand bezeichnet.

Diese Unklarheit über die Natur der Gesamthand führte dazu, daß man auch das Wesen des Anwachsungsprinzips weithin verkannte und daß es insbesondere nicht für möglich gehalten wurde, daß die Anwachsung ohne eine Verletzung dogmatischer Grundsätze auch bei Ausscheiden des vorletzten Personalgesellschafters eintreten könne⁶⁾. Vereinzelte Stimmen, die, in Abweichung von der h.L. und ständigen Rechtsprechung auch in diesem Fall eine Anwachsung zulassen wollten, verhallten ungehört⁷⁾.

Der BGB-Gesetzgeber mußte daher bei Einführung des Anwachsungsprinzips der irrigen Ansicht sein, daß eine An-

6) vgl. die oben Kap. IV Anm. 17, 18, 19 angeführte Literatur.

7) Außer auf die bereits oben Kap. IV Anm. 14, 15 und 16 genannten Entscheidungen sei noch auf Jastrow, Rechtsgrundsätze S.79 ff (S.81) hingewiesen. Hier wurden bereits folgende, im Schrifttum allerdings unbeachtet gebliebene Sätze aufgestellt:

- a) Jede offene Handelsgesellschaft erlischt von selbst, wenn alle Gesellschaftsrechte sich in der Hand eines Sozius vereinigen. In diesem Fall wird der letztere Eigentümer aller zum Gesellschaftsvermögen gehörigen Stücke.
- b) Dieser Fall tritt insbesondere ein, wenn ein Sozius die Anderen als Alleinerbe beerbt. Er tritt aber auch dann ein, wenn ein Sozius durch Rechtsgeschäft unter Lebenden die Gesellschaftsrechte der Übrigen, sei es vor oder nach der Auflösung, erwirbt. In diesem Fall wird er Eigentümer der einzelnen Vermögensstücke nicht durch freiwillige Veräußerung der Letzteren, sondern in Kraft der Rechtsfolgen der Konfusion der Gesellschaftsanteile.
- c) Der Fall eines Rechtsgeschäftes dieser Art liegt vor, wenn bei einer aus zwei Sozius bestehenden Gesellschaft der eine Gesellschafter ausscheidet und dem anderen das ganze Geschäft mit der Firma überläßt. Denn hierin liegt die Übertragung des Gesellschaftsanteils des Ausscheidenden. In solchem Falle bedarf es zur Umschreibung der Gesellschaftsgrundstücke auf den Übernehmer überhaupt keiner Auflassung, weder des ganzen Grundstücks, noch einer Quote desselben.

teilsanwachsung - ohne Verletzung dogmatischer Grundsätze - nur bei im übrigen fortbestehender Gesellschaft gesetzlich anerkannt werden konnte. Angesichts dessen drängt sich aber die Annahme auf, daß der Gesetzgeber mit dem engen Wortlaut des § 568 E II nicht, wie vielfach angenommen, eine positive Beschränkung des Anwachsungsprinzips dahingehend beabsichtigte, daß die Akkreszenz nur auf einem Teil des durch überlieferte Rechtsgrundsätze umrissenen Anwendungsbereichs eintreten sollte. Die erwähnten Formulierungen des Gesetzgebers müssen m.E. vielmehr als der zeitbedingte, durch rechtsdogmatische Irrtümer beeinflusste Ausdruck des gesetzgeberischen Willens aufgefaßt werden, die Anwachsung in dem sich aus dem Gesamthandsprinzip ergebenden Umfang in das moderne bürgerliche Gesellschaftsrecht zu übernehmen.

Diese Auffassung findet ihre Bestätigung in zwei Äußerungen von Mitgliedern der zweiten Kommission, die in den Protokollen zum E II ihren Niederschlag gefunden haben.

Im Protokoll 139⁸⁾ wird von einem Teil der das Anwachsungsprinzip befürwortenden Mehrheit der Kommission darauf hingewiesen, daß die Übernahme der Anteilsanwachsung "nur eine notwendige Konsequenz der von der Kommission zu Grunde gelegten Konstruktion des Gesellschaftsverhältnisses als eines Verhältnisses zur gesamten Hand" sei. Von berufener Seite wird hier mithin offen die selbe Ansicht ausgesprochen, die bereits vorstehend Gegenstand eingehender Begründung war.

An anderer Stelle, im Protokoll 137⁹⁾, wird weiterhin bemerkt, daß bei der Beratung des E II von einer Seite darauf aufmerksam gemacht wurde, daß es "bei der Fassung der Bestimmungen darauf ankommen werde, einerseits eine Entscheidung der wissenschaftlichen Frage nach dem Wesen der gesamten Hand zu vermeiden, andererseits das Prinzip selbst möglichst deutlich und verständlich hinzustellen".

8) a.a.O. S. 446 (Mitte).

9) a.a.O. S. 433 (Mitte).

Aus dem zitierten Protokollauszug wird ersichtlich, daß der Gesetzgeber bereits bei der Beratung des zweiten Entwurfes erkannt hatte, daß eine Verdeutlichung der neuen Rechtslage nur mit gewissen Einschränkungen möglich sein werde. Indem die zweite Kommission nämlich eine " m ö g - l i c h s t deutliche" Darstellung des neuen Rechts anstrebt, gibt sie zu erkennen, daß sie sich bei Abfassung des Entwurfs bewußt war, daß der zu jener Zeit noch andauernde wissenschaftliche Meinungsstreit um das Wesen der Gesamthand eine exakte, das Gesamthandsprinzip zur Geltung bringende Paragraphierung des bürgerlichen Gesellschaftsrechts in Einzel- und Grenzfällen behindern würde. Damit hat der Gesetzgeber aber selbst mit hinreichender Deutlichkeit zum Ausdruck gebracht, daß es auf dem Gebiet des bürgerlichen Gesellschaftsrechts in besonders hohem Maße Aufgabe der Rechtswissenschaft ist, unter Beachtung des den Gesetzgeber leitenden Grundgedankens, eben des Gesamthandsprinzips, auch in diesen Einzel- und Grenzfällen eine den Besonderheiten des Falles voll gerecht werdende Rechtslage zu schaffen.

Der wohlverstandene Wille des Gesetzgebers zwingt daher auch in dem in vorliegender Arbeit zu behandelnden Grenzfall dazu, die bereits oben, Kap. IV dargestellten Ergebnisse der neueren rechtsdogmatischen Untersuchungen¹⁰⁾ auszuwerten und eine Anwachsung damit auch bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters anzuerkennen.

B. Die Rechtslage nach dem 1. Entwurf des BGB's

Die hier angefochtene Ansicht könnte ferner wie folgt begründet werden: In den Motiven zum ersten Entwurf des BGB's wird in dem den §§ 657, 658 E I (den späteren §§ 736, 738 BGB) gewidmeten Abschnitt¹¹⁾ einleitend und gleichsam programmatisch hervorgehoben, daß der § 657 E I u.a. auch die Erhaltung der Übereinstimmung von bür-

10) vgl. oben Kap. IV B. 3., C. und E. 5. u. 6.

11) a.a.O. S. 630 f.

gerlichem Recht und Handelsrecht bezwecke. Im Verlauf der weiteren Ausführungen wird sodann bemerkt, daß nur die Regelung der Auseinandersetzung mit dem Ausgeschiedenen vom HGB, das in diesem Fall bekanntlich Anwachsung eintreten läßt, zwangsläufig und grundsätzlich abweichen müsse, da das Vermögen der BGB-Gesellschaft nach dem ersten Entwurfe, und zwar im Gegensatz zu dem der OHG und KG nicht gesamthänderisch gebunden sei.

Nachdem jedoch der zweite Entwurf die BGB-Gesellschaft zur Gesamthandsgesellschaft umgestaltet hat, ist der vorgenannte Grund des Gesetzgebers für die im E. I. vorgesehene, von der Regelung des HGB's abweichende Vermögensauseinandersetzung entfallen und folgerichtig spricht sich der zweite Entwurf daher auch für die Übernahme des Anwachsungsprinzips aus. Nunmehr ist aber auch die Annahme gerechtfertigt, daß der eingangs erwähnte, im E I zum Ausdruck gelangte Wille des Gesetzgebers, nämlich die prinzipielle Übereinstimmung von BGB und HGB möglichst zu erhalten, nicht nur einer der Gründe für die Einführung des Instituts des Ausscheidens selbst darstellt, sondern auch ein Grund für die gesetzliche Anerkennung der in seinem Gefolge auftretenden Rechtseinerichtungen und damit namentlich auch der Anwachsung ist.

Von dieser Überlegung ausgehend, könnte sodann weiter wie folgt argumentiert werden. Bei der Übernahme des Instituts des Ausscheidens und des Anwachsungsprinzips diene dem BGB-Gesetzgeber nicht das z.Zt. geltende, erst 1897 in Kraft getretene Handelsgesetzbuch, sondern das 1861 fertiggestellte und ein Jahrzehnt später zum Reichsgesetz erhobene ADHGB zum Vorbild. Das ergibt sich eindeutig aus dem Vergleich der Entstehungsgeschichte von BGB und HGB: So wurde der Entwurf eines neuen HGB's im Jahre 1895, zu einer Zeit also, als der zweite Entwurf zum BGB bereits abgeschlossen war, erst einer ersten Ausschußprüfung unterzogen¹²⁾.

12) vgl. Baumbach-Duden a.a.O. Einleitung I B und C.

Dem ADHGB war aber eine dem § 142 HGB entsprechende Bestimmung unbekannt. Nach ständiger und allgemein anerkannter Rechtsprechung¹³⁾ war eine Anwachsung unter der Herrschaft des ADHGB's nur bei fortbestehender Gesellschaft möglich. Angesichts dessen ist die Schlußfolgerung naheliegend, daß der BGB-Gesetzgeber, seinem Vorbild folgend, auch bei der modernen zweigliedrigen BGB-Gesellschaft eine Anwachsung nicht stattfinden lassen wollte.

Die vorstehende Argumentation hält jedoch ebenfalls einer näheren Betrachtung nicht stand. Im einzelnen ist hierzu auszuführen: Wenn der Wille des Gesetzgebers wirklich dahin geht, auch hinsichtlich der Anwachsung eine Übereinstimmung zwischen bürgerlichem Recht und Handelsrecht zu erzielen, so zwingt m.E. gerade dieses Bestreben dazu, auch bei Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters Anwachsung eintreten zu lassen. Das Anwachsungsprinzip hat bei den Gesamthandsgesellschaften des modernen Handelsrechts uneingeschränkt Geltung erlangt, d.h. es gilt nach dem neuen HGB insbesondere auch bei Ausscheiden eines Sozius aus einer zweigliedrigen Handelsgesellschaft. Die vom Gesetzgeber beabsichtigte Übereinstimmung läßt sich daher heute nur dadurch verwirklichen, daß man bei der BGB-Gesellschaft auch in dem in Rede stehenden Grenzfall Anwachsung stattfinden läßt.

C. Der Standpunkt der Kommission für die 2. Lesung des Entwurfs des BGB

Zur Stützung der mit Vorstehendem angefochtenen Auffassung könnte letztlich eine Bemerkung der Kommission für die 2. Lesung des BGB-Entwurfs angeführt werden. Sie

13) vgl. die oben Kap. VI Anm. 13 zit. Literatur sowie die diesbezügliche Bemerkung in der Denkschrift zum Entwurf eines HGB's a.a.O. S. 273 (Mitte).

weist darauf hin, daß man sich für die Anwachsung "aus den gleichen Gründen" entschieden habe, die dazu geführt hätten, im Falle des Abgangs eines Gesellschafters den Fortbestand der Gesellschaft unter der Voraussetzung als rechtsverbindlich anzuerkennen, daß die Gesellschafter zuvor eine dahingehende Vereinbarung getroffen hätten¹⁴⁾. Aus dieser Äußerung könnte nämlich die Schlußfolgerung gezogen werden, daß diese - von der Kommission nicht näher bezeichneten - "gleichen Gründe" auch nur in dem gleichen Umfang zur Einführung der Akkreszenz zwingen, in dem sie den Fortbestand der Gesellschaft als solcher notwendig erscheinen lassen: Das hieße aber, daß die Anwachsung nach dem Willen des Gesetzgebers bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters nicht eintreten sollte.

Die vorstehende Überlegung geht jedoch fehl. Der Beweggrund, der den Gesetzgeber zur Einführung des Instituts des Ausscheidens - und damit ja auch gleichermaßen zur Übernahme des Anwachsungsprinzips - veranlaßt hat, besteht nämlich, wie in den Motiven zum ersten Entwurf des BGB's ausdrücklich bemerkt wird¹⁵⁾, u.a. in einem "unverkennbaren praktischen Bedürfnisse".

Das praktische Bedürfnis für die gesetzliche Anerkennung der Anteilsanwachsung muß aber, wie bereits oben in Kap. III dargelegt wurde, in der Erhaltung des Organisationswertes der Vermögenszusammenfassung gesehen werden, durch die allein eine weitere sinnvolle Verwendung des Vermögens gewährleistet ist. Ein solches Bedürfnis liegt jedoch nicht nur bei Ausscheiden eines Mitglieds aus einer vielköpfigen Gesellschaft vor. Auch nach Ausscheiden des vorletzten Mitglieds kann die Vermögenszusammenfassung vielmehr, wie bereits ausgeführt, durch den allein ver-

14) Protokolle a.a.O. S. 446 (unten).

15) vgl. a.a.O. S. 630 und hierzu Oertmann a.a.O. zu § 736 Anm.1.

bleibenden Gesellschafter ihren bisherigen Zwecken dienstbar gemacht werden. Auch hier ist daher das praktische Bedürfnis für die Erhaltung des Organisationswertes gegeben. Die konsequente Durchführung des in den Gesetzesmaterialien zum Ausdruck gelangten Willens des Gesetzgebers erfordert daher auch aus dieser Sicht die Bejahung der Anteilsanwachsung in dem in Rede stehenden Grenzfall.

VIII. Zusammenfassung des Untersuchungsergebnisses

Die Untersuchung hat zu folgendem Ergebnis geführt:

Bei dem "Ausscheiden aus einer zweigliedrigen Gesellschaft des bürgerlichen Rechts" handelt es sich um eine unmittelbare und vollständige Lösung der personenrechtlichen Beziehungen dieses Gesellschafters zur Gesellschaft, d.h. um ein Ausscheiden im rechtstechnischen Wortsinn. Mit dieser Auffassung wird der Ansicht entgegengetreten, daß das "Ausscheiden" lediglich zur Auflösung der Gesellschaft führe und daß bis zu ihrer endgültigen Beendigung eine Mitgliedschaft des Ausscheidenden bei der Abwicklungsgesellschaft bestehen bleibe.

Die vermögensrechtliche Wirkung des Ausscheidens aus einer zweigliedrigen BGB-Gesellschaft besteht darin, daß der Anteil des Ausscheidenden am Gesellschaftsvermögen - dem Wesen des Gesamthandsprinzips entsprechend und in Rechtsanalogie zu §§ 738 I 1 BGB, 142 HGB - dem Verbleibenden anwächst.

Der Zweck der Anteilsanwachsung besteht in der Erhaltung des Organisationswertes¹⁾ der Vermögenszusammenfassung.

Da die Organisation eines Vermögens bei Aufgabe der mit ihm verfolgten Zwecke ihren wirtschaftlichen Wert verliert²⁾, setzt die Anwachsung zwar voraus, daß das Vermögen weiterhin zweckmäßig eingesetzt wird. Eine solche zweckmäßige und damit allein sinnvolle Verwendung der Vermögenszusammenfassung wird aber im - hier allein in Rede stehenden - Regelfall durch das Interesse des Verbleibenden an der Erhaltung der übernommenen Vermögenswerte garantiert. Die Anwachsung tritt daher bei Ausscheiden des vorletzten Gesellschafters ohne Rücksicht darauf ein, ob die Aufrechterhaltung der bisherigen Zweckwidmung der Vermögenszusammenfassung in besonderer Weise

1) Zum Begriff des Organisationswertes vgl. oben Kap. III B.

2) siehe hierzu die Darlegung oben Kap. III E.

verlautbart wird oder nicht³⁾.

Für die Praxis ergibt sich aus Vorstehendem:

Die auf eine Vermögensübernahme gerichteten Verträge zwischen BGB-Gesellschaft und ausscheidendem Gesellschafter unterliegen auch dann nicht der Formvorschrift des § 313 BGB, wenn Immobilien zum Gesellschaftsvermögen gehören. Eltern und Vormund bedürfen zum Abschluß eines derartigen Kind oder Mündel verpflichtenden Vertrages keiner vormundschaftsgerichtlichen Genehmigung. Auch ein Vertrag, der eine schiedsrichterliche Entscheidung der bei der Beendigung der Gesellschaft möglicherweise entstehenden Streitigkeiten vorsieht und an dessen Abschluß Nichtgeschäftsfähige, vertreten durch Eltern oder Vormund, beteiligt sind, ist daher selbst dann genehmigungsfrei, wenn Liegenschaften zum Gesellschaftsvermögen gehören.

Außerdem entfallen infolge dieser Form- und Genehmigungsfreiheit die nach bislang herrschender Lehre zu erhebenden Beurkundungsgebühren und teilweise⁴⁾ die Genehmigungsgebühren. Bei Übergang von Grundvermögen auf den Übernehmer entfallen mit der Anwendbarkeit des § 925 BGB ferner auch die zur Wahrung dieser Formvorschrift notwendigen Kosten⁵⁾.

Da der Übernehmer im Zeitpunkt des Ausscheidens des vorletzten BGB-Gesellschafters in die Rechtsstellung der Gesellschaft eintritt, führt er anhängige Prozesse der Gesellschaft als ausschließliche Partei fort⁶⁾.

3) vgl. hierzu die Ausführungen oben Kap. III E.

4) siehe Kap. I Anm. 10.

5) Für die Kosten des Grundbuchverfahrens gilt § 61 KostO.

6) vgl. Wieland Handelsrecht a.a.O. § 56 A. 17 (am Ende) und Staudinger-Geiler a.a.O. zu § 738 Note 5; abweichend Schulze-Wenck bei Erman-Goerke a.a.O. zu § 736 und Schönke, Lehrbuch des Zivilprozeßrechts a.a.O. § 68 II 1 u. 2 und weiter § 48 VI 3.

Durch die vorliegende Untersuchung dürfte m.E. letztlich auch ein sicherer Ausgangspunkt für die im Schrifttum sehr umstrittene umsatzsteuerrechtliche Behandlung des Ausscheidens des vorletzten BGB-Gesellschafters gewonnen sein: Da auch in diesem Grenzfall - ebenso wie bei der OHG und KG - Anwachsung eintritt und sämtliche Personalgesellschaften darüber hinaus gleichermaßen auch die steuerrechtliche Rechtsfähigkeit besitzen, ist die umsatzsteuerrechtliche Wirkung des in Rede stehenden Vorganges ebenso zu beurteilen, wie bei den Personalgesellschaften des Handelsrechts⁷⁾.

7) Ist man mit Plückebaum-Malitzky (UStGKomm. zu §§ 1-3 A 464) und der ständigen höchstrichterlichen Rechtsprechung (vgl. Urteile des RFH vom 18.1.1935, RStBl. 1945 S.28) der Ansicht, daß das Anwachsungsprinzip bei den Personalgesellschaften des Handelsrechts in allen Fällen die Umsatzsteuerfreiheit sichert, so muß man nunmehr auch das Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters als nicht steuerpflichtig ansehen. Erblickt man allerdings, wie Conze (Das Umsatzsteuergesetz 1934 und die Gründung, Auflösung und sonstige gesellschaftliche Vorgänge bei offenen Handelsgesellschaften und ähnlichen Gesellschaften, in StuW 1939 Sp. 369 ff) und von Wallis (Die Rechtsfähigkeit bei der Umsatzsteuer in FR 1950 S. 267 f) in dem Vermögensübergang und der an den ausscheidenden Handelsgesellschafter zu zahlenden Abfindung einen Leistungsaustausch, so muß man auch das Ausscheiden des vorletzten BGB-Gesellschafters - bei Vorliegen der übrigen Voraussetzungen - als einen umsatzsteuerrechtlichen Tatbestand behandeln.

S c h r i f t t u m s v e r z e i c h n i s

- | | |
|---------------------|---|
| Baumbach-Duden | Handelsgesetzbuch, zehnte, neubearbeitete Auflage, München und Berlin 1953. |
| Baumbach-Lauterbach | Zivilprozeßordnung, 22. Auflage, München und Berlin 1954. |
| BGB-RGR Kommentar | Das bürgerliche Gesetzbuch, Komm., herausgegeben von Reichsgerichtsräten und Bundesrichtern, 11. Aufl., II. Band, 2. Teil, einzelne Schuldverhältnisse, Berlin 1960. |
| BGB-RGR Kommentar | Bd. II, §§ 433 - 853, 7. Aufl., Berlin-Leipzig 1929. |
| Binder | Die Rechtsstellung der Erben nach dem deutschen bürgerlichen Gesetzbuch, Leipzig 1901, 1903 und 1905. |
| Bolze | Die Praxis des Reichsgerichts in Civilsachen, von A. Bolze, Bd. 3, Leipzig 1887. |
| Böttlich | Die Westfälische Gütergemeinschaft, 4. Aufl., Münster 1921. |
| Buchda, Gerhard | Geschichte und Kritik der deutschen Gesamthandslehre, Marburg i.H. 1936. |
| Cerutti | Die umsatzsteuerrechtliche Behandlung des Ausscheidens des vorletzten Gesellschafters aus einer Personalgesellschaft, in Deutsche Steuerzeitung, Ausgabe A, Siegburg und Konstanz 1955, 43. Jahrgang. |
| Cohn | Gemeinderschaften und Hausgenossenschaft, in Zeitschrift für vergleichende Rechtswissenschaften, Bd. 13. |

- Conze Das Umsatzsteuergesetz 1934 und die Gründung, Auflösung und sonstige gesellschaftlichen Vorgänge bei offenen Handelsgesellschaften und ähnlichen Gesellschaften, in Steuer und Wirtschaft 1939.
- Crome System des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 2. Bd., Recht der Schuldverhältnisse, 2. Hälfte, Tübingen.
- Czyhlarz, v. Lehrbuch der Institutionen des Römischen Rechts, 18. Aufl., Wien-Leipzig 1924.
- Denkschrift - zum Entwurf eines Handelsgesetzbuchs und Einführungsgesetzes in der Fassung der dem Reichstag gemachten Vorlage, Berlin 1887.
- Dernburg Pandekten, 3 Bd., 6. Aufl., unter Mitwirkung von Biermann, Berlin 1901.
- Dietz Erbrecht, ein Grundriß, Bonn 1949.
- Dorst Beim Ausscheiden eines Gesellschafters aus einer nur aus zwei Personen bestehenden Gesellschaft tritt Gesamtrechtsnachfolge ein, in Zeitschrift für das Notariat, 52. Jahrgang, Köln 1907.
- Enneccerus-Lehmann Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. II von L. Enneccerus, 14. Aufl., Tübingen 1954.
- Enneccerus-Nipperdey Allgem. Teil des Bürgerlichen Rechts, ein Lehrbuch von Enneccerus, 1. Halbband; 15. neubearbeitete Auflage von Nipperdey, Tübingen 1959.
- Erman-Goerke Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 2. neubearbeitete Auflage, Münster 1958.

- Esser Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Aufl.,
Karlsruhe 1949.
- Fehr Deutsche Rechtsgeschichte, 4. Aufl.,
Berlin 1948.
- Forsthoff Lehrbuch des Verwaltungsrechts,
6. Aufl., München und Berlin 1956
(1. Bd., Allgemeiner Teil).
- Gessler-Hefermehl Komm. zum HGB, Bd. 1, 2. Aufl., Berlin
und Frankfurt a.M. 1950.
- Gierke, Otto v. Deutsches Genossenschaftsrecht, II
Geschichte des deutschen Körperschafts-
begriffes, Berlin 1873.
- - - Deutsches Privatrecht I, Allg. Teil
und Personenrecht, Leipzig 1895.
- - - Die Genossenschaftstheorie und die
Deutsche Rechtsprechung, Berlin 1887.
- Goldmann Das Handelsgesetzbuch, 2. Bd.,
Berlin 1905.
- Haupt-Reinhardt Gesellschaftsrecht, 4. Aufl., Tübingen
1952.
- Heck Grundriß des Schuldrechts, 1. Aufl.,
Tübingen 1929.
- - - Grundriß des Sachenrechts, 1. Aufl.,
Tübingen 1930.
- Heusler Institutionen des deutschen Privat-
rechts, 2 Bde., Leipzig 1885 u. 1886.
- HGB-RGR-Kommentar Kommentar zum Handelsgesetzbuch, her-
ausgegeben von Mitgliedern des Reichs-
gerichts, 2. Bd., bearbeitet von
Weipert, Berlin 1942.
- Huber, Eugen System und Geschichte des Schweizeri-
schen Privatrechts, 4. Bd., Basel 1893.

- Hübner Grundzüge des deutschen Privatrechts,
5. Aufl., Leipzig 1930.
- Hueck Gesellschaftsrecht, 3. Aufl.,
München und Berlin 1951.
- Jörs-Kunkel-Wenger Römisches Recht, 3. Aufl., Berlin-
Göttingen-Heidelberg 1949.
- Jastrow Rechtsgrundsätze der Entscheidungen
des Kammergerichts in Sachen der
nichtstreitigen Gerichtsbarkeit,
Berlin 1895.
- Johow Jahrbuch der Entscheidungen des Kam-
mergerichts in Sachen der nichtstreit-
igen Gerichtsbarkeit und in Strafsa-
chen.
- Kaser Lehrbuch des römischen Privatrechts I,
München 1955.
- Kaufmann, Hannes Das Eigentum am Gesellschaftsvermögen
unter besonderer Berücksichtigung des
Umsatzsteuerrechts, München 1911.
- Kress Lehrbuch des besonderen Schuldrechts,
München und Berlin 1934.
- Kretschmar Auseinandersetzung bei einer aus zwei
Teilhabern bestehenden offenen Handels-
gesellschaft, in Lobe's Centralblatt
für freiwillige Gerichtsbarkeit, Bd.8,
Leipzig 1908.
- Landesfinanzamt
Berlin Umsatzsteuersammelverfügung Nr. 10
vom 1. September 1955 in Steuer- und
Zollblatt für Berlin, Amtsblatt für
die Steuer- und Zollverwaltung 1955.
- Larenz Lehrbuch des Schuldrechts, II. Band,
Besonderer Teil, 3. erweiterte Auf-
lage, München und Berlin 1959.

- Lehmann Allgemeiner Teil des BGB, 6.Aufl.,
Berlin 1949.
- - - Umwandlungen handelsrechtlicher Un-
ternehmungen, in Zeitschrift für das
Gesamte Handelsrecht, Bd. 50,
Stuttgart 1901.
- - - Gesellschaftsrecht, 2. Aufl., Berlin
und Frankfurt a.M. 1959.
- Lehmann-Ring Das Handelsgesetzbuch für das Deut-
sche Reich, erläutert von K. Lehmann
und V. Ring, 2. Bd., Berlin 1901.
- Leonhard Besonderes Schuldrecht des BGB,
München und Leipzig 1931.
- Materialien zum HGB - in Die gesamten Materialien zu den
Reichsjustizgesetzen, herausgegeben
von C. Hahn, fortgesetzt von B. Mugdan,
6. Bd., Berlin 1897.
- Motive - zum Entwurf eines BGB für das Deut-
sche Reich, amtliche Ausgabe, Bd. II,
Berlin und Leipzig 1888.
- Oberfinanzdirektion
Karlsruhe Mitteilung der - - vom 20.2.1954 in
Der Betriebsberater, Zehntagedienst
für Wirtschafts- Steuer- und Sozial-
recht, 9. Jahrgang 1954.
- Oertmann Komm. zum BGB, Bd. II, 3 Recht der
Schuldverhältnisse, 5. Aufl., Berlin
1929.
- Palandt Komm. zum BGB, 11., neubearbeitete
und erweiterte Auflage, München und
Berlin 1953.
- Planck Planck's Kommentar zum BGB II. Bd.,
2. Hälfte, Recht der Schuldverhält-
nisse, Besonderer Teil, 4. Aufl.,
Berlin und Leipzig 1928.

- Plückebaum-Malitzky Umsatzsteuergesetz; Kommentar, 7. Aufl., Berlin-Köln 1955.
- Protokolle - der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des BGB; Im Auftrage des Reichsjustizamtes bearbeitet von Archilles und Gebhard, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlin 1898.
- Puchta Cursus der Institutionen, Bd. 2: System und Geschichte des römischen Privatrechts, 9. Aufl., bearbeitet von Krüger, Leipzig 1881.
- Ritter Kommentar zum Handelsgesetzbuch, 2. Aufl., München und Berlin 1932.
- Schirmer Das Familienvermögen und die Entwicklung des Noterbrechts bei den Römern; in Zeitschrift der Savigny-Stiftung, Bd. 2, Weimar 1881.
- Schmidt, Rudolf Bürgerliches Recht, II. Band, Das Schuldrecht, 2. Aufl., Berlin 1953.
- Schollmeyer Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im BGB, 2. Aufl., Berlin 1904.
- Schönke Lehrbuch des Zivilprozeßrechts, 7. Aufl., Karlsruhe 1951.
- Schumann Gesellschaftsrecht; in Die Handelshochschule - Ein Lehrgang der Wirtschaftshochschule - Gesellschaften, IV. Bd., 2. Aufl., Berlin und Wien 1940.
- Siber Grundriß des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Leipzig 1931.
- Sitzungsbericht - der Berliner Akademie 1885.

- Soergel Kommentar zum BGB, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Besonderer Teil, 8. Aufl., Stuttgart und Köln 1952.
- Sohm Institutionen des römischen Rechts, 13., wesentlich umgearbeitete Auflage, Leipzig 1908.
- - - Der Gegenstand, Festschrift für Degenkolb, 1905.
- Sohm-Mitteis-Wenger Institutionen; Geschichte und System des Römischen Privatrechts, München, Leipzig 1931.
- Statistisches Jahrbuch - - für die Bundesrepublik Deutschland 1956, Stuttgart 1956.
- Staub Kommentar zum HGB, 6./7. Aufl., 1. Band, Berlin 1900.
- Staub-Pinner Kommentar zum HGB, 8. Aufl., 1. Bd., Berlin 1906.
- - - Kommentar zum HGB, 14. Aufl., Berlin und Leipzig 1932.
- Staudinger-Geiler-Kessler J. v. Staudingers Kommentar zum BGB, 11. neubearbeitete Aufl., Berlin 1958.
- Staudinger-Geiler J. v. Staudingers Kommentar zum BGB, Bd. II Schuldverhältnisse, 3. Teil 10. Aufl., Berlin 1941.
- Staudinger-Berg J. v. Staudingers Kommentar zum BGB, III. Bd., 1. Teil, §§ 854 - 1017, 11. neubearbeitete Auflage, Berlin 1956.
- Thibaut System des Pandektenrechts, 5. Aufl., 2. Bd., Jena 1818.
- Titze Bürgerliches Recht, Recht der Schuldverhältnisse, 4. erweiterte Auflage, Berlin-Göttingen-Heidelberg, Neudruck 1948.

- Turnau-Förster Liegenschaftsrecht nach den Deutschen
Gesetzen und den preuss. Ausführungs-
bestimmungen, I Das Sachenrecht des
BGB, Paderborn 1900.
- Wach Handbuch des Civilprozeßrechts, 1 Band,
Leipzig 1885.
- Wallis, von Die Rechtsfähigkeit bei der Umsatz-
steuer in Finanzrundschau, Köln 1950.
- Warneyer-Bohnenberg Das BGB für das Deutsche Reich,
11. Aufl., Detmold-München-Berlin
1950, Bd. 1, §§ 1-1296.
- Welter-Schultz Theoretisch-praktisches Handbuch über
das eheliche Güterrecht in Westfalen,
2. Ausgabe, Paderborn 1883.
- Westermann Lehrbuch des Sachenrechts,
Karlsruhe 1951.
- Wiefels Römisches Recht, Rechtsgeschichte
und Privatrecht, 26.-30. Aufl.,
Düsseldorf und Stuttgart 1948.
- Wieland Handelsrecht, 1. Band, Das kaufmänni-
sche Unternehmen und die Handelsge-
sellschaften, München und Leipzig
1921.
- - - Erbrecht und Akkreszenzrecht in
Festschrift für G. Cohn, 1915.
- Windscheid Lehrbuch des Pandektenrechts von
Dr. B. Windscheid, bearbeitet von
Th. Kipp, III. Bd., 8. Aufl.,
Frankfurt 1901.
- Wolff, Martin Der Mitbesitz nach dem Recht des BGB
für das Deutsche Reich, in Jherings
Jahrbücher für die Dogmatik des bür-
gerlichen Rechts, 2. Folge, 8. Bd.,
Jena 1902.
- Würdinger Gesellschaften, 1. Teil: Recht der Per-
sonalgesellschaften, Hamburg 1937.

L e b e n s l a u f

Am 5. Oktober 1930 wurde ich, Hans Ernst Schulze, evangelischer Konfession, als Sohn des Ingenieurs Ernst Schulze und seiner Ehefrau Wilhelmine, geb. Stordeur zu Dortmund geboren. Ich bin deutscher Staatsangehöriger.

Nach entsprechender Vorbildung auf den Volksschulen zu Lünen, Düsseldorf und Menden (Sauerland) besuchte ich von Herbst 1941 bis zum Frühjahr 1951 das altsprachliche und mathematisch-naturwissenschaftliche Gymnasium in Menden und wandte mich nach Absolvierung dieser Anstalt dem Studium der Rechts- und Staatswissenschaft zu.

Von 1951 bis zur Ablegung der ersten juristischen Staatsprüfung vor dem Justizprüfungsamt beim Oberlandesgericht in Hamm/Westf. im Februar 1956 studierte ich an den Universitäten Münster i.W., Freiburg i.Br. und Bonn. Meine Lehrer waren die Herren Professoren Dietz, Hallermann, Kaser, Klein, Michaelis, Neumann-Duesberg, Peters, Scupin, Seraphim, Schumann, Schulze v. Lasaulx, Wegner, Westermann, Wolff in Münster, Beyerle, Boehmer, v. Caemmerer, Schönke, Wiacker, Wolf in Freiburg und Bosch, Conrad, Schmidt-Rimpler, v.Weber in Bonn.

Am 1. September 1956 trat ich als Referendar in den Justizdienst des Landes Nordrhein-Westfalen ein. Im Sommersemester 1960 wurde ich von meiner Dienststelle zur Verwaltungshochschule in Speyer/Rhein abgeordnet, an der ich mich dem Studium des öffentlichen Rechts widmete. Meine Lehrer an dieser Anstalt waren die Herren Professoren Menger, Staatssekretär Reuß, Schaefer und Uhle.

